İSLÂM HUKUKUNA GİRİŞ



PROF. DR. AHMET YAMAN
PROF. DR. HALİT ÇALIŞ



On Üçüncü Baskı

İSLÂM HUKUKUNA GİRİŞ

AHMET YAMAN: Antalya İmam Hatip Lisesi (1985), Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi (1989) ve Diyanet İşleri Başkanlığı İstanbul Haseki Eğitim Merkezi'nden (1992) mezun oldu. Marmara Üniversitesi'nde yüksek lisans (1991) ve doktorasını (1996) tamamladı. 1999'da doçent, 2005'de profesör oldu. 1992-2010 yılları arasında Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde öğretim elemanı olarak çalıştı. Halen Akdeniz Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Kurucu Dekanlığı ve Din İşleri Yüksek Kurulu Üyeliği görevlerini yürütmektedir. *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara 1998; *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, İstanbul 1998; *İslâm Aile Hukuku*, 15. baskı İstanbul 2015; *Legjislacioni Familjar Islam* (*İslâm Aile Hukuku*'nun Arnavutça çevirisi; çev. Z. Ramadani), Prizren 2012; *Makâsıd ve İctihad (Ed.)*, Konya 2001, İstanbul 2010; *İslâm Hukukunun Oluşum Süreçlerinde Siyaset Hukuk İlişkisi*, Konya 1999, 2004; *İslâm İbadet Esasları* (Ed.), Eskişehir 2010, 2012 gibi eserleri yanında, yayımlanmış çok sayıda makalesi ve ansiklopedi maddesi bulunmaktadır.

HALİT ÇALIŞ: Ordu İmam Hatip Lisesi (1988) ve Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden (1993) mezun oldu. Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak akademik hayata başladı (1993-1996), ardından mezun olduğu Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'ne döndü (1997). Bir yıl süreyle (1999) Ürdün Üniversitesi'nde dil eğitimi aldı ve sahasıyla ilgili araştırmalarda bulundu. 2001'de doktor, 2005'te doçent, 2011'de profesör oldu. Halen Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde İslâm Hukuku öğretim üyesi olarak çalışmaktadır. *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, Konya 2004, *İslâm'da Kolaylaştırma İlkesi -Azimet Ruhsat İlişkisi-*, Konya 2004, İstanbul 2013, *İslâm Hukukunda Ehliyet Teorisi*, Konya 2004, 2011, *Dinî-Fıkhî Açıdan Komşuluk Hukuku*, Konya 2011 gibi eserleri yanında, hakemli dergilerde yayımlanmış çok sayıda makalesi bulunmaktadır.

M.Ü. İLÂHİYAT FAKÜLTESİ VAKFI YAYINLARI No: 270

İSLÂM HUKUKUNA GİRİŞ

Prof. Dr. Ahmet YAMAN – Prof. Dr. Halit ÇALIŞ

13. Baskı



İstanbul - 2016

M.Ü. İLÂHİYAT FAKÜLTESİ VAKFI YAYINLARI No: 270

ISBN 978-975-548-287-3
Sertifika No: 16209

Kitap Adı

İslâm Hukukuna Giriş

Yazar

Prof. Dr. Ahmet YAMAN

Prof. Dr. Halit ÇALIŞ

Kapak ve Sayfa Tasarım

Eren SAKIZ

Baskı/Cilt

Seçil Ofset
100. Yıl Mahallesi Matbaacılar Sitesi
4. Cadde No:77 Bağcılar, İstanbul
Tel: 0 (212) 629 06 15 www.secilofset.com
Sertifika No: 12068

13. Baskı

Ekim 2016 - İSTANBUL

İsteme Adresi:

M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
Nuhkuyusu Cad. No: 110 Bağlarbaşı 34662 Üsküdar / İSTANBUL
Tel: 0216 651 15 06 Faks: 0216 651 00 61
ifav@ilahiyatvakfi.com • www.ilahiyatvakfi.com

İÇİNDEKİLER

İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İSLÂM HUKUKUNUN TARİHÎ GELİŞİMİ

İSLÂM HUKUKUNUN SİSTEMATİĞİ VE LİTERATÜRÜ

KAMU HUKUKU

CEZA HUKUKU

AİLE HUKUKU

HÜKÜM TEORİSİ

EHLİYET TEORİSİ

AKİT TEORİSİ

MÜLKİYET TEORİSİ

KLASİK FIKIH LİTERATÜRÜ KONU VE KAVRAMLARI

ÖNSÖZ

İslâm sadece bir inanç sistemi değil, aynı zamanda bütün çeşitleriyle davranış biçimleri anlamında amel ve ahlâk ilkeleri de koyan bir dindir. Genellikle benimsenen sınıflamaya göre İslâmî hükümler itikadî, amelî ve ahlakî olarak üçe ayrılmış, temel İslâm bilimleri de bu ana konular etrafında şekillenip gelişmiştir. Bu ilimlerden amelle ilgili olanı *fıkıh*tır.

Fıkıh; bireysel, toplumsal ve toplumlararası hayata ilişkin amelî yani eyleme bağlı İslâmî hükümleri tesbit eden ve yorumlayan ilim dalının genel adıdır. Müslüman birey ile Allah arasındaki kul-Rab ilişkileri/iletişimi anlamına gelen ibadetler ile bireyin ve toplumun siyasî, iktisadî ve hukukî eylemlerini düzenleyen kurallar ve bunların özel kaynaklardan çıkarılma yöntemleri bir bütün halinde bu ilmin çerçevesini çizmektedir.

Dinî bilgilerin konularına ve içeriklerine göre ayrıştırılmaya başlandığı II/VIII. yüzyılın ortalarından itibaren fıkıh terimi, özellikle şer'î-amelî alanı ilgilendiren, bir başka deyişle ibadete ve geniş anlamıyla hukuk kurallarına ait bilgiyi ve müctehitlerin zihnî çabalarıyla üretilen bu bilginin incelendiği ilim dalını ifade etmek üzere kullanılır olmuştur. Söz konusu kuralların ictihad ve istidlâl yoluyla elde ediliş yöntemi de *fıkıh usûlü* ismiyle özelleşmiştir.

Klasik literatürde fıkıh diye bilinen bu ilim dalı, modern dönemlerde İslâm hukuku olarak adlandırılır olmuştur. Batı dillerinden iktibasla yerleşen bu kullanım, her ne kadar ibadet ile haram-helâl konularını dışarıda tutması ve ictihadlar sonucu oluşan hukuk birikiminin bütünüyle kutsallaştırılması gibi yanlış algılamalara yol açması yönüyle eleştiriye açık olsa da, İslâm'ın bir hukuk boyutu olduğunu göstermesi açısından dikkati çekmektedir.

Günümüz hukuk sistematiğinde özel hukuk ve kamu hukuku ayırımıyla incelenen hukuk kuralları, fıkıh geleneğinde *muâmelât ve ukûbât* genel başlıkları altında ele alınmıştır. Bu bağlamda şahıs, aile, borçlar, eşya ve miras alt

başlıklarına ayrılan medenî hukuk, ticaret hukuku ve deniz hukuku gibi özel hukuk ilişkileri ile idare, anayasa, yargılama, mâlî, iş ve devletler hukuku gibi kamusal ilişkiler, muâmelât kapsamını oluşturmaktadır. Cezaî takibat ve yaptırımı gerektiren hukuk konuları yani ceza hukuku alanı ise ukûbât ana başlığında ele alınmaktadır.

Tarihin akışı içerisinde vahiy ile hayatı bir noktada buluşturma görevini ifade eden fıkıh faaliyeti, zaman zaman duraklama dönemleri yaşamışsa da, hep hayatın içinde olmuştur. Cumhuriyetin ilanıyla birlikte yürürlüğe konulan yeni toplum projesine bağlı olarak yasal mevzuatın toptan yenilenmesiyle birlikte, fıkıh hükümleri büyük oranda ibâdât alanıyla sınırlandırılmış, muâmelâta ilişkin hususlar kişilerin kulluk hassasiyetlerine ve bireysel dindarlıklarına terk edilmiştir. Haliyle fıkıh öğretimi ve bu alanda kitap-makale telifi de bu durumdan etkilenmiş ve ciddi bir duraklama yaşanmıştır. Yarım asrı bulan son dönemde ise, bütün İslâmî ilimlerde olduğu gibi İslâm hukuku alanında da, ilgi, tedrisat, fıkhî düşünce ve tefekkür, kurum tesisi ve daha birçok açıdan fevkalade bir gelişimin yaşandığını memnuniyetle ve şükür ile belirtmek gerekir. Bu bağlamda, ilim insanı yetiştirme ve telif eser üretme noktasında hem nicelik hem de nitelik bakımından önemli bir seviyeyi ortaya koyan İlahiyat Fakültelerinin merkezî konumu ve öncülüğü teslim edilmelidir.

Bununla birlikte fıkhın hem usûlü hem de furûu ile ilgili olmak üzere tikel konulara ilişkin ilmî vasfı üst seviyede araştırmalar yapma ve eser yayımı konusunda iyi bir gelişme gözlenirken, başta hukukun alt dalları olmak üzere müstakil telif çalışmaların olmayışı hâlâ önemli bir eksikliktir. Bilhassa fıkhın furûu ile ilgili alt disiplinler (borçlar hukuku, ticaret hukuku, eşya hukuku, ceza hukuku, vergi hukuku vb.) için lisans düzeyinde takip edilebilecek veya tavsiye edilebilecek telif eserlere maalesef yeterince sahip değiliz. Bu noktada üç yıl önce uygulanmaya başlanan yeni İlahiyat müfredatında, İslâm hukuku dersinin tür ve kredi olarak önemli bir seviyeye getirilmiş olması, bu ihtiyacı hem daha acil hale getirmiş hem de çeşitlendirmiştir. İşte elinizdeki bu kitap, özelde sözü edilen programda yer alan "İslâm Hukukuna Giriş" dersi, genelde ise fıkıh ilmine ilgi duyanlar için bu ihtiyacı bir ölçüde karşılama düşüncesinin ürünüdür.

Kitapta öncelikle İslâm hukukunun/fıkhın bağımsız bir ilim disiplini halinde ortaya çıkışı, mahiyeti, kavramsal çerçevesi, özellikleri, tarihsel gelişimi, kaynakları, sistematiği ve literatürü ele alınmıştır. Ardından İslâm kamu hukuku (anayasa, yargılama, devletler, vergi), ceza hukuku ve aile hukukuyla ilgili

genel çerçeve ortaya konulmuş, bunu takiben ehliyet, hüküm, mülkiyet ve akit teorileri işlenmiştir. Son olarak, İslâm hukukunun konu yelpazesi ve bunun klasik literatüre yansıması, örnek bir eser üzerinden ortaya konulmuş, temel fıkıh terimleri tanıtılmıştır.

Müşterek bir çalışmanın ürünü olan kitabın ilk sekiz ünitesi Ahmet Yaman, diğer dört ünitesi Halit Çalış tarafından kaleme alınmıştır. Konular ortak okumalarla zenginleştirilerek kitaba son şekli verilmiştir. Her ünitenin sonuna, başlangıç düzeyindeki okuyucuların kolaylıkla ulaşıp takip edebilecekleri eserlerden oluşan bir *İleri Okuma Listesi* konmuş, böylece daha ayrıntılı bilgi isteyenlere adresler gösterilmiştir.

Yüce Allah'tan niyazımız, bu çalışmayı onbeş asırlık fıkıh birikimine samimi niyetlerle yapılmış mütevazı bir katkı olarak salih ameller cümlesine dâhil etmesidir. Hocalarımız, öğrencilerimiz ve okuyucularımızdan istirhamımız ise, katkılarını esirgememeleridir.

Prof. Dr. Ahmet YAMAN - Prof. Dr. Halit ÇALIŞ

27 Ramazan 1433 / 15 Ağustos 2012 - KONYA

İSLÂM HUKUKUNUN MAHİYETİ, KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE ÖZELLİKLERİ

GİRİŞ

Hayatı belli bir düzen içinde sürdürebilmek için kendi cinsiyle bir arada yaşamak durumunda, hatta zorunluluğunda olan insan, bu zorunluluğun gereği olarak oluşan toplumsal hayatı düzenleyen kurallara ihtiyaç duyar. Aynı ihtiyaç toplumlar ve devletlerarası ilişkilerde de söz konusudur. Beraber yaşamayı düzenleyen ve bunun için *toplumsal düzen kuralları* olarak adlandırılan bu kurallar genellikle din, ahlâk, hukuk, örf-adet ve görgü kuralları biçiminde sıralanırlar. Ahlâk, örf-adet ve görgü kuralları, bu düzeni sağlamaya yardımcı olsa da hem insan ve toplum hayatının bütününü kuşatıcı olmamaları, hem de maddî yaptırım gücünden yoksun bulunmaları nedeniyle bunu tam olarak gerçekleştiremezler.

İşte kişi-kişi, kişi-eşya, kişi-toplum ve toplum-toplum ilişkilerinin gereği olarak ortaya çıkan hakların ve sorumlulukların belli bir yaptırıma bağlı sosyal düzen kuralları haline getirilmesi ihtiyacı, hukukun (geniş anlamda fıkhın) kurumsal bir yapı olarak doğmasını sağlamıştır.

Genellikle benimsenen ayırıma göre İslâmî hükümler itikâdî, amelî ve ahlâkî olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İnanç esaslarıyla ilgili hükümler *itikat*, bireysel, toplumsal ve toplumlararası ilişkileri düzenleyen hükümler *amel*, tutum ve davranışların ideal şekillerde oluşması için öngörülen hükümler ise *ahlâk* çerçevesine dâhil edilmiştir. Kâmil bir müslümanın bu çerçeveleri bir bütün halinde benimseyip uygulaması esastır. Bununla birlikte hem mahiyet farklılığı, hem sistematize etme isteği hem de buna bağlı olarak öğrenme ve öğretme kolaylığı sağlaması sebebiyle bu üç çerçevenin içerikleri, zamanla bağımsız bilim dalları altında incelenmiş, amelî olanları fıkıh ilminin konusunu oluşturmuştur.

Şu halde fıkıh, bireysel, toplumsal ve toplumlararası hayata ilişkin amelî yani eyleme bağlı İslâmî hükümleri tespit eden ve yorumlayan ilim dalının genel adıdır. Müslüman birey ile Allah arasındaki kul-Rab ilişkileri/iletişimi anlamına gelen *ibadetler* ile bireyin ve toplumun siyasî, iktisadî ve hukukî eylemlerini düzenleyen kurallar (*muâmelât*) ve her ikisinin özel kaynaklardan çıkarılma yöntemlerini ifade eden *fıkıh usûlü* bir bütün halinde bu ilmin çerçevesini çizmektedir.

Fıkıh, günümüzde daha çok *İslâm hukuku* olarak adlandırılır olmuştur. Batı dillerinden iktibasla yerleşen bu kullanım, aşağıda açıklanacağı üzere her ne kadar ibadet konularını dışarıda tutması ve ictihadlar sonucu oluşan hukuk birikiminin bütünüyle kutsallaştırılması gibi yanlış algılamalara sebep olması yönüyle eleştirilse de, İslâm'ın bir hukuk boyutu olduğunu göstermesi açısından dikkati çekmektedir.

I. Kavramsal Çerçeve

Bu başlık altında İslâm hukukunu ifade eden fıkıh teriminin tanımı yapılacak, ilişkili olduğu diğer terimler tanıtılacak ve İslâm hukuku tamlamasının kavramsal çerçevesi çizilecektir.

A. Fıkıh Terimi

Sözlükte bir şeyi iyice anlamak, derinlemesine kavramak ve ayrıntısıyla bilmek anlamına gelen fıkıh kelimesi *fakıhe-yefkahü* (فَقِهَ يَفْقَهُ) fiilinin masdarıdır. Böyle incelikli ve nitelikli bir anlama-kavrama becerisine sahip olan kimseye de *fakîh* (çoğulu: fukahâ) denmektedir. Kelime bu sözlük anlamıyla gerek Kur'ân'da[1] gerek hadislerde[2] pek çok defa geçmiştir. Fıkıh kelimesi daha sonraları bu sözlük anlamıyla bağlantılı olarak, İslâm'ın birey ve toplum hayatına ilişkin dinî-hukukî hükümlerini bilmek anlamında özelleşecek ve bu alanla ilgilenen ilim dalının da özel adı olacaktır.

Fıkıh kökünden türeyen kimi fiillerin bazı ayet ve hadislerdeki kullanımları, kelimenin ileride kazanacağı terim anlamına zemin teşkil edecektir. "*İnananların hepsinin topluca sefere çıkmaları uygun değildir. Öyleyse her topluluktan bir kısmı savaşa çıkarken, bir takım da din hususunda köklü*

1 bk. en-Nisâ 4/78; Hûd 11/91; el-İsrâ 17/44; el-Kehf 18/93; Tâhâ 20/28.
2 bk. Buhârî, "İlim", 10; "Vudû", 10; Tirmizî, "İlim", 19; Muvatta, "Sefer", 94.

ve derin bilgi sahibi olmak için (li yetefakkahû fi'd-dîn) çalışmalı ve savaşa gidenler geri döndüklerinde, kötülüklerden sakınmaları ümidiyle onları uyarmalıdır"[3] ayeti, özel olarak dinde derinlikli bilgi sahibi olmaya vurgu yapmaktadır. Aynı şekilde Hz. Peygamber'in (s.a.) *"Allah bir kimsenin iyiliğini dilerse onu dinde ince anlayış sahibi kılar (yüfakkıhhü fi'd-dîn)"*[4] sözüyle, bazı sahabîlere yaptığı *"Allahım, ona dinî konularda derin kavrayış yeteneği bahşet (fakkıhhü fi'd-dîn)"*[5] duasında, fıkıh kelimesinin bu özel anlamı açıkça görülmektedir.

Fıkıh kelimesi İslâm ilim geleneğinde bu sözlük anlamıyla bağlantılı olarak farklı içerikleri tanımlamak için kullanıla gelmiştir. Başlangıçta yukarıda geçen ayet ve hadislerdeki kapsamlı anlamına paralel olarak bütün dinî hükümlere ilişkin nitelikli bilgiyi ifade etmek üzere kullanılmıştır. Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) nisbet edilen "Fıkıh, kişinin haklarını ve yükümlülüklerini bilmesidir" (*el-fıkhü ma'rifetü'n-nefsi mâ lehâ ve mâ aleyhâ*) şeklindeki tanım bu geniş kapsamı göstermektedir.

Nitekim o, bu geniş açılımlı fıkıh ilmini kendi içinde derecelendirmiş; her şeyin temeli olan inanç esaslarını ilgilendiren kısmına "el-fıkhü'l-ekber" adını vermiştir. İç arınmayı, manevî gelişmeyi ve güzel ahlâkı yerleştirmeyi amaçlayan hükümlere ilişkin bilgi de bazıları tarafından "el-fıkhü'l-bâtın" diye anılmıştır.

Dinî bilgilerin konularına ve içeriklerine göre ayrıştırılmaya başlandığı hicrî II. (mîlâdî VIII.) yüzyılın ortalarından itibaren fıkıh terimi, özellikle şer'î-amelî alanı ilgilendiren, bir başka deyişle ibadete ve geniş anlamıyla hukuk kurallarına ait bilgiyi ve müctehitlerin zihnî çabalarıyla üretilen bu bilginin incelendiği ilim dalını ifade etmek üzere kullanılır olmuştur.

Bugün bizim de kullandığımız biçimdeki terim anlamını o tarihlerde kazanan fıkıh kelimesi, bağımsız bir ilim dalını ifade etmek üzere şöyle tanımlanmıştır: "Fıkıh, tafsîlî delillerden istinbât edilen şer'î amelî hükümlere ilişkin bilgiler bütünüdür."[6]

---

3 et-Tevbe 9/122.

4 Buhârî, "İlim", 10; Müslim, "İmâra", 175; Tirmizî, "İlim", 4.

5 Buhârî, "Vudû", 10; Müslim, "Fedâilü's-Sahâbe", 138.

6 الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية

Tarifte geçen "tafsîlî delil" her bir konuyla ya da olayla doğrudan ilgili somut ve ayrıntılı delil, "istinbât" ise bu delillerden ictihad yoluyla hüküm çıkarmak anlamına gelmektedir. Tarifte belirtilen "şer'î-amelî" kaydıyla akıl ve duyu organları ile elde edilen bilgiler ile akâid ve ahlâk alanını ilgilendiren bilgiler dışarıda bırakılmıştır. Yine tarifte belirtilen "istinbât edilen" kaydıyla, Kur'ân ve Sünnet'in yorum kabul etmeyecek açıklıktaki beyanlarına dayanan ve dolayısıyla dinden olduğu zorunlu olarak bilinen şer'î-amelî hükümler kapsam dışında tutulmuştur.

Şu halde fıkıh, ibadetlere ve toplum hayatının gerektirdiği bütün hukukî, idarî, siyasî ve ekonomik konulara ilişkin olarak müctehidlerin ana kaynaklardan zihni çabalarıyla çıkarttıkları somut kurallar bütünüdür. Terim düzeyindeki bu berraklaşmadan dolayıdır ki, Ebû Hanîfe'ye atfedilen yukarıdaki kapsamlı fıkıh tarifine daha sonraları "amelen" kaydı eklenmiştir: *el-fıkhü ma'rifetü'n-nefsi mâ lehâ ve mâ aleyhâ amelen.*[7] Yani "Fıkıh, kişinin amelî haklarını ve yükümlülüklerini bilmesidir"

İşte bugün fıkıh dendiği zaman, bu kullanıma paralel olarak, kaynaklardan hüküm çıkarabilme gücüne ve yetkisine sahip uzman fakihler (müctehitler) tarafından, dinin ana kaynaklarına ve yardımcı yöntemlere bağlı kalarak çıkarılmış olan ve ibadetlerle birlikte gerek bireysel gerek toplumsal hayatı düzenlemeyi amaçlayan sistematik hukuk kuralları kastedilmektedir.

Fıkıh ilmi ilk planda, fürû-ı fıkıh (فروع الفقه) ve usûl-i fıkıh (أصول الفقه) olmak üzere ikiye ayrılır. Fıkhın dalları ve bölümleri anlamına gelen fürû-i fıkıh, şer'î delillerden elde edilen fıkhî hükümleri sistematik bir tarzda ele alan kısmını ifade eder. Mükellefin hem Allah, hem eşya hem de birey ve toplum ile olan çok boyutlu ilişkiler ağını kapsayan bu geniş fürû-ı fıkıh çerçevesi zamanla kendi içinde bölümlere ayrılmıştır. Allah'a yönelik kulluk görevleri ile haram ve helaller *ibâdât* genel başlığı; hukuk, siyaset ve ekonomi ile ilgili olanlar da *muâmelât* genel başlığı altında incelenmiştir. İleride İslâm hukukunun sistematiği başlığında ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, bu genel başlıklar da ayrıca bölünmüş ve özgün bir kavramsallaştırma ve sistemleştirmeye gidilmiştir.

Fıkhın kaynakları ve temelleri anlamına gelen usûl-i fıkıh ise bu hükümlerin kaynaklarını yani delillerini ve bu delillerden hüküm elde etme yollarını inceleyen kısımdır.

7 الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها عملا

B. Fıkıh Teriminin Şeriat ve İslâm Hukuku Kavramlarıyla İlişkisi

Kavramsal çerçeveyi bitirmeden önce fıkıh – şeriat ilişkisi ile fıkıh – İslâm hukuku farkı bağlamında iki noktaya işaret edilmesi yerinde olacaktır.

Sözlükte geniş cadde, doğru yol, su yolu, apaçık ve görünür olma gibi karşılıkları bulunan şer' kökünden gelen şeriat (الشريعة) kelimesi dinî literatürde birisi dar diğeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamdaki şeriat kelimesi, din ve millet kelimeleriyle de eş anlamlı olarak, Kur'ân ve Sünnet'in açık buyruklarına dayanan ve Allah'ın bu iki kaynak aracılığıyla bildirip de dinden olduğu zorunlu olarak bilinen itikadî, ahlâkî ve amelî hükümlerin tamamı anlamına gelmektedir. Bu bakımdan şu ayet-i kerîmede görüleceği üzere dînî hükümlerin bütünü şeriatı oluşturur: "*Sonra seni de dinde ayrı bir şeriat sahibi yaptık. Artık sen ona uy; bilmeyenlerin isteklerine uyma!*"[8]

Dar anlamdaki şeriat kelimesi ise sadece bir peygamberin öğretisinde yer alan amelî-hukukî hükümleri ifade eder. Hz. Musa Şeriatı, Hz. Muhammed Şeriatı, önceki şeriatlar gibi kullanımlarda bu anlam kastedilir. Dinin inanç ve ahlâk esasları aynı kalıp, amelî-hukukî hükümler peygamberden peygambere değişiklik gösterebileceğinden ve Allah tarafından neshedilip değiştirilebileceğinden "dinin tek, şeriatların çeşitli olduğu" söylenmiştir.

Görüleceği üzere bu dar şekliyle şeriat kelimesi sadece amelî hükümler anlamına gelmektedir ve bu yönüyle fıkıh kelimesiyle müteradif olmaktadır. Bu anlam birliği sebebiyledir ki, fıkhî hükümlere aynı zamanda şer'î-amelî hüküm de denir. Buradaki şer'îlikten maksat, söz konusu hükmün ya dinin ana kaynakları olan naslarda yer aldığını belirtmek ya da ictihad ederek o amelî hükmü elde eden fakihin, bunu dinin ana kaynaklarına müracaatla gerçekleştirdiğini vurgulamaktır. Her ikisi de sonuç itibariyle şeriatı oluşturan bu hükümlerden bizzat naslarda somut olarak açıklananına *şer'i münezzel* (indirilen şeriat), müctehitler tarafından tesbit edilenine ise *şer'i müevvel* (yorumlanan şeriat) denmiştir.

Günümüzde daha çok Batı dillerinden iktibasla kullanılan "İslâm hukuku" tamlamasına gelince bununla fıkıh arasında da tam bir uyum yoktur. İslâm hukuku tabiri, fıkhın en önemli konusu olan ibadetleri içermediği gibi, günümüz hukuk literatüründe *sübjektif ahlâk kuralları* olarak isimlendirilen kişinin kendisine dönük ödevleriyle de çok ilgilenmez. Söz gelimi intihar, ölüm orucu, tedaviyi reddetme gibi başkasını ilgilendirmeyen kişisel tercihler fıkhın kapsamına girdiği ve bunlara haram hükmü verildiği halde, hukuk ilmince gündeme alınmaz.

---

8 el-Câsiye 45/18

Diğer taraftan İslâm hukuku tamlamasındaki "İslâm" kaydı, bu hukukun/fıkhın oluşumundaki insan-müctehid faktörünü de gizlemektedir. Oysa fıkıh, müslüman hukukçuların, Kur'ân ve Sünnet'i, fıkıh usûlü ilkeleriyle yorumlayarak ulaştıkları zihnî sonuçlar toplamıdır. Bu sonuçlar birer ictihattır ve ictihad da gelenekteki genel kabulüyle, ilahî iradeyi tespit yönündeki zandır. Böyle olduğu içindir ki fıkıh mirası kutsal, tartışılamaz ve değiştirilemez değildir. Aslında müslüman toplumların hukuku demek olan bu sonuçlara "İslâm" kaydının konulması, her ne kadar kaynağının ilahî oluşu ve müctehitlerin yorumlama çabalarının imânî bir temele oturması dolayısıyla kabul edilebilir gibi görünse de sonuçta, geneli itibariyle beşerî olan fıkıh birikiminin bütünüyle kutsallaştırılması gibi yanlış algılamalara sebep olabilmektedir.

İslâm hukuku kavramının fıkıhtan daha dar kapsamlı oluşunun bir başka göstergesi de onun sadece emredici (mesela yap, yapma, sahihtir, bâtıldır, vâciptir, haramdır gibi) ve cevaz verici (mesela geçerlidir, helaldir, mubahtır gibi) kuralları içeriyor oluşudur. Oysa fıkıh bunların yanında bir de tavsiye edici ve en yaraşır olana irşad edici (mesela menduptur, müstehabtır, mekruhtur, yakışmaz gibi) kurallara da sahiptir.

Şu halde fıkıh ile İslâm hukuku hem içerik, hem kaynak hem de kural türleri açısından farklılık arz etmektedir. "İslâm hukuku" nitelemesinin, büyük fıkıh dairesi içindeki küçük hukuk dairesini temsil ettiği söylenebilir. Bununla birlikte günümüzde bu incelikler çok düşünülmeksizin fıkıh ile İslâm hukuku kavramları birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir. İşte bu yaygınlığı dolayısıyla elinizdeki kitapta da zaman zaman böyle davranılacaktır.

C. İslâm Hukukunun Amacı

İnsan hem manevî-vicdanî hem de maddî-bedenî boyutları olan bir varlıktır. Aynı zamanda sınırlı, kendi kendine yetmeyen toplumsal bir varlıktır. Bu özellikleri onu birçok ihtiyaçla karşı karşıya bırakmış, hemcinsleriyle ilişkiye zorlamış; ihtiyaçlar kurumları doğurmuş, haklar ve yükümlülükleri gündeme getirmiştir. İslâm hukuku işte bu hak ve yükümlülüklerin fıtrata yani insanın doğasına uygun bir şekilde belirlenip gereklerinin hakkaniyete ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini hedefleyen bir hukuk sistemidir. Ebû Hanîfe'nin yukarıda yer verilen fıkıh tanımı, aynı zamanda onun bu amacına da veciz bir biçimde işaret etmektedir.

Biraz daha açarak söylersek, insan hayatının her boyutuyla ilgilenen İslâm, onun rûhî-vicdanî açıdan olgunlaşmasını temin etmek için ibadet hükümlerini getirmiştir. Bunun yanında maddî yönünü geliştirmek amacıyla da sosyal hayatını en uygun tarzda düzenleyeceği kuralları öngörmüştür. Böylece yaşanılan gündelik hayatın hiçbir boyutu ihmal edilmemiştir.

İslâm'ın sosyal hayatla ilgili norm ve önerileri ile fakihlerin bunları esas alarak ortaya koydukları fıkhî hükümlerin nihaî amacı, bireyin yaratılış değerlerine uygun, adalet ve hakkaniyet esaslarına bağlı, sağlık, huzur, güven ve barışı hedefleyen bir dünyanın kurulmasına zemin hazırlamaktır. İslâm bilginleri, bu bahsedilen amacın şu beş temel ve vazgeçilemez değeri (el-makâsıdü'l-hamse) korumakla sağlanabileceğini söylemişlerdir: Can, din, ırz, akıl ve mal.

Canı korumak, hayat hakkı ve beden bütünlüğünü, dini korumak rûhî-mânevî bütünlüğü, ırzı korumak nesil ve kişilik güvenliğini, malı korumak mülkiyet ve pazar güvenliğini, aklı korumak ise sağlıklı düşünmeyi sağlayacaktır.

Genel hatlarıyla ifade ettiğimiz hedefleri daha somut bir biçimde sıralayacak olursak İslâm hukuku,

a. Fıtrat/yaratılış kuralları doğrultusunda kişilerin haklarını ve sorumluluklarını belirlemeyi,

b. Bunun bir gereği olarak kişinin Allah'a, kendisine, diğer bireylere ve topluma yönelik ödevlerini açıklamayı,

c. İnanç temeline dayalı ve dolayısıyla yaptırım gücü yüksek kurallar koyarak sosyal düzeni sağlamayı,

d. Adaleti ve hakkaniyeti gerçekleştirmeyi,

e. Hukuk-ahlâk bütünlüğünü sağlamayı,

f. Hukuka saygılı bireyler yetiştirmeyi amaçlamaktadır.

II. İslâm Hukukunun Özellikleri

Bir sosyal düzen kuralı olması yönüyle İslâm hukuku, daha doğru söylemiyle fıkıh, diğer düzen kurallarıyla bazı ortak özelliklere sahiptir. Bunun yanında kaynak, yöntem, içerik, yaptırım, amaç vb. açılardan kendine özgü niteliklere sahiptir. Bunların belli başlılarını burada ele alacağız:

A. Dine Dayalı Olması

Fıkhın en önemli özelliği onun ilâhî iradeye dayanması yani dinin temel kaynaklarından elde edilmiş olmasıdır. Dinden maksat doğal olarak İslâm, temel kaynakları ise vahiy olarak da isimlendirdiğimiz Kitap (Kur'ân-ı Kerîm) ile Hz. Muhammed'in (s.a.) sahih sünnetidir.

Fakihler, hukuku ilgilendiren olay, işlem ya da sorunların hükümlerini öncelikle bu iki kaynaktaki belirlemelerde ararlar. Konuyla doğrudan ilgili bir dinî metin (النص) bulurlarsa -ki biz buna yukarıda *tafsîlî delil* adını vermiştik- bunu uygularlar. Eğer böyle doğrudan bir düzenleme bulamazlarsa konunun Kitap ve Sünnet'teki benzer hükümlerine kıyaslamalar yaparak, bu da mümkün olmazsa yine bu iki kaynağın genel hükümlerini ve nihaî amaçlarını (makâsıdü'ş-şerî'a) çerçeve kabul edip bunun dışına taşmayacak bir yorumlama faaliyeti yani ictihad ile sonuca ulaşırlar.

Fıkhın hem kaynak hem de bakış açısı ve hedef yönüyle taşıdığı bu ilâhîlik niteliği birçok ayet ve hadis tarafından da vurgulanmıştır:

"*Allah ve Elçisi bir konuda hüküm verdikten sonra artık inanmış bir erkek ve kadının kendileriyle ilgili konularda tercih serbestisi yoktur; Allah'a ve Elçisi'ne isyan eden kimse, apaçık bir sapkınlığa düşmüş olur.*"[9]

"*Biz sana hakikati ortaya koyan bu Kitab'ı indirdik ki, insanlar arasında Allah'ın sana öğrettikleri ile hüküm veresin. Sakın hainlerin savunucusu olma!*"[10]

"*Sana da o Kitab'ı (Kur'ân'ı) hak, önündeki kitapları doğrulayıcı, onları gözetici olarak indirdik. Artık, Allah'ın indirdiği ile aralarında hükmet ve sana gelmiş olan hakikati terk ederek onların arzularına uyma. Sizden her biriniz için bir şeriat ve bir yol belirledik...Aralarında Allah'ın indirdiği ile hüküm ver ve onların arzularına uyma! Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmından seni saptırmamalarına dikkat et!*"[11]

Hz. Peygamber (s.a.) ile Muâz b. Cebel (r.a.) arasında geçen şu konuşma, fıkhın ilahî kaynaklı oluşuna işaret etmektedir. Hz. Peygamber onu Yemen'e vali ve yargıç olarak atadığında şunu sordu:

9 el-Ahzâb 33/36

10 en-Nisâ 4/105

11 el-Mâide 5/48-49. Ayrıca bk. en-Nisâ 4/65; el-Mâide 5/44-47; en-Nûr 24/51.

_ Orada neye göre hüküm vereceksin?

_ Allah'ın Kitabı'na göre.

_ Allah'ın Kitabı'nda bulamazsan ne yapacaksın?

_ Elçisinin Sünneti'ne göre çözümlerim.

_ Onda da bulamazsan?

_ Kendi görüşümle ictihad ederek meseleyi çözerim.

Aldığı cevaplar karşısında Resul-i Ekrem "*Peygamberinin elçisini Peygamberinin beğendiği bu cevabı vermeye muvaffak kılan Allah'a hamdolsun*" cümlesiyle memnuniyetini dile getirmiştir.[12]

Fıkhın bu özelliği onun bütünüyle ilahî ve dolayısıyla kutsal bir hukuk düzeni olduğu izlenimini uyandırmamalıdır. Fıkıh, hemen aşağıda ayrı bir özellik olarak öne çıkarılacağı üzere, büyük ölçüde müctehid fakihlerin yorumlama faaliyetinin bir ürünüdür ve bu yönüyle beşerîdir. Burada söylenmek istenen şey, işte bu beşerî yorum faaliyetinin bağımsız olmadığı, aksine Kur'ân ve Sünnet'in gerek somut-tikel kuralları ve gerek soyut-tümel maksat ve ilkeleri ile kayıtlı oluşudur.

Kısaca ifade etmek gerekirse Kanun Koyucu (Şâri') Allah'tır ve onun izin verdiği ölçüde Peygamberidir. Fakihlerin görevi bu iki kaynağa dayalı olarak hukukî boşlukları doldurup ihtiyaç duyulan hükümleri tespit etmektir.

B. Fakihlerin İctihadlarıyla Gelişmiş Olması

Hukuk, siyaset ve ekonomi alanını ilgilendiren vahiy çözümlemelerinin sınırlı sayıda olduğu bilinmektedir. Hayat gelişerek devam ettikçe özel ya da kamusal ihtiyaçların artıp çeşitleneceği, çıkar çatışmalarının yeni boyutlar kazanacağı ve daha önce hiç bilinmeyen yeni sorunların ortaya çıkabileceği gerçeği bu sınırlılığı izah etmektedir. Zira her bir olay ya da işlemle ilgili bir hüküm konacak olsaydı buna, ne son peygamberin ne de ondan sonrakilerin hayatı yeterdi.

Hal böyle olunca Kanun Koyucu, az sayıdaki bazı alanları ayrıntılarıyla açıklarken, birçok alanı genel hükümlerle belli bir çerçeveye alarak düzenlemiş, ihtiyaçlar doğrultusunda içinin doldurulmasını yetkili kimselere yani müctehidlere bırakmıştır. Nitekim 6236 ayet içinde yaklaşık beş yüz kadarı; binlerce hadisten

12 Ebû Dâvûd, "Akdıye", 11

yine yaklaşık iki bin kadarı amelî alanla ilgilidir. Bunların da bir kısmı yoruma kapalı (delâleti kat'î) iken büyük kısmı yoruma açık (delâleti zannî) bulunmaktadır. Hadisler için bir de sıhhat meselesi (sübûtta zannîlik) söz konusudur.

İşte hem nasların sınırlı oluşuna karşılık olayların sınırsızlığı, hem de kaynakların yoruma açıklığı İslâm hukukunun, hüküm çıkarma konusunda yetkin hukukçuların elinde gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Fıkhın onda dokuzunun beşer sözü olduğu yönündeki nitelemeler bu gerçeği dile getirmektedir. Bazı yazarlar da bu özelliği "Fıkıh, hukukçuların hukukudur" cümlesiyle anlatmaya çalışmışlardır.

Müctehidler önlerindeki sınırlı malzemeyi kullanarak şu yollardan birisiyle hukukî sorunları çözümlemeye bir başka ifadeyle şer'î-hukukî hükme ulaşmaya çalışmışlardır:

1. Beyan İctihadı: Dinî metinlerin yani nasların ne demek istediğini, hangi hükmü koyduğunu bizzat nassın kendisini dil ve yöntembilim (usûl) kuralları doğrultusunda inceleyerek tesbit etmek. Mesela "Başınızı meshedin!" ayetinden[13] başın ne kadarının ve ne şekilde meshedileceğinin çıkarılması gibi.

2. Kıyas İctihadı: Naslarda açıkça belirlenen bir hükmün (asıl), somut gerekçesini (illet, menât) bulup, sonradan gündeme gelen ve aynı gerekçeye sahip olduğu anlaşılan şeye ya da olaya (fer') aynı hükmü uygulamak. Mesela Kur'ân'da yasaklanan hamrın hükmünü, sarhoş edicilik ortak gerekçesine dayanarak rakıya vermek gibi.

3. Maslahat İctihadı: Doğrudan çözümü veya bir benzerinin hükmü naslarda bulunmayan yeni hukuk problemlerini dinin genel hedefleri (makâsıdü'-şerî'a) ve insanların ya da toplumun yararı (maslahat) düşüncesi ekseninde çözümlemek. Mesela toplu halde işlenen bir kasıtlı cinayette, eylemlerinin sonuca etkisi farklı düzeylerde olsa da cinayete karışanların tamamını kısas ile cezalandırmak gibi.

Siyasî otoritenin zaman zaman kimi yönlendirmeleri ve beklentileri olsa da fıkıh, esasen uzman fakihlerin bireysel veya toplu ictihadlarıyla geliştiği için devlet güdümlü bir fıkıhtan söz edilemez. Dolayısıyla Emevî, Abbasî, Osmanlı veya Cumhuriyet fıkhı gibi nitelemeler bilimsel ve tarihsel gerçeklikle bağdaşmaz. Bu isimlendirmeler fıkhın mahiyeti için değil, olsa olsa fıkıh tarihinin evrelerini takip için anlamlı olabilir.

13 el-Mâide 5/6.

C. Meseleci Yönteme Sahip Olması

Bu özellik, aslında fıkıh ilminin bizzat kendisinin yapısında bulunan değişmez bir nitelik değil, tarih içinde gelişmiş fıkıh literatürünün ve bu literatürde somutlaşan fıkhın bir özelliğidir. İlk dönemlerden itibaren fakihler karşılaştıkları hukukî sorunları ya da muhatap oldukları soruları tek tek çözüp cevaplamak tarzında bir mesai ile meseleci (kazuistik) yöntemi takip etmişlerdir.

Benzer nitelikteki hukukî olay ya da işlemleri genel bir kural halinde kuşatacak, teorisini belirleyecek bir yöntem (soyut/mücerred yöntem) yerine, her bir meselenin ayrı ayrı ele alınıp çözümlenmesi yöntemi demek olan kazuistik yöntem, aslında diğer birçok hukuk sisteminde de benimsenmiştir. Hukukun ve hukuk düşüncesinin pratik düzeyde gelişmesi, kuralcılığın ve dogmatizmin bu gelişmeyi engellememesi, tek tek olaylar üzerinden hukukî akışkanlığın sağlanıp farklı şartlara göre en uygun çözümlerin bulunmasını temin etmek bakımından meseleci yöntemin faydalı olduğu söylenebilir.

Hicrî II-IV. (mîlâdî VIII-X.) yüzyıllar arasında fıkıh mezheplerinin belirginleşmesini takip eden süreçte kazuistik hukuk üretimi yanında, benzer meselelerin ortak yönlerini, ana esaslarını, amaç ve gerekçelerini gözetip bunlardan *küllî kâide* diye isimlendirilen genel ilkelere ve teorilere ulaşma çabaları da sergilenmeye başlamıştır. Bununla birlikte XX. yüzyıla gelinceye kadar kazuistik yöntem hâkimiyetini sürdürmüştür. Bu yüzyılda hak, ceza, akit, haksız fiil, mülkiyet, ehliyet, şahsiyet vb. ana konulara ilişkin genel teoriler geliştirilmeye çalışılmıştır. Günümüzdeki fıkıh araştırmaları da daha çok tümevarım yöntemiyle teori belirleme ve genel sonuçlara ulaşma amacını gütmektedirler.

D. Çift Yönlü Bir Yaptırım Gücüne Sahip Olması

Hukuk düzeninin öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda kamu otoritesi harekete geçer ve ilgili kişiyi, ödevini yapmaya yani hukukun gereğini yerine getirmeye zorlar. İşte bu zorlama araçlarına yaptırım/müeyyide denmektedir.

Beşerî hukuk sistemleri kaynak anlayışları ve sahip oldukları dünya görüşü sebebiyle tek yönlü bir yaptırım gücüne sahiptirler: Devlet otoritesine bağlı maddî-dünyevî yaptırım.

Maddî yaptırım araçları genellikle ceza, zorla icra (aynen teslim veya kıymetinin ödenmesi), tazminat (zararın karşılanması), hükümsüzlük (yapılan işlemin geçerli olmaması) ve iptal (yapılan işlemin yok sayılması) olarak tasnif edilir.

İslâm hukuku da dünyevî bir sosyal düzen kuralı olması yönüyle böyle maddî yaptırımlara sahiptir. Fakat o, âhiret inancını da içeren dinî bir temele dayanması yönüyle ayrıca manevî-uhrevî bir yaptırım gücünden destek alır. Dolayısıyla o sadece akla değil, vicdana ve gönle de hitap eder. İhmal edilen ödevlerin, yapılan haksızlıkların, çiğnenen kuralların sadece bu dünyada değil, öteki dünyada da sorulacağı inancı, hukuka olan saygıyı artırır. Diğer taraftan iyi niyetin ve buna bağlı iyi davranışın âhirette ayrıca ödüllendirileceği bilgisi kişiyi, hukukun gereğini gönüllü olarak yerine getirme yönünde güdüler.

Hem temelde dinî karakterli oluşu hem de maddî ve manevî olarak çift yönlü bir yaptırıma sahip bulunması, fıkhî hükümlerin nihaî meşruiyet açısından *diyânî* ve *kazâî* şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutulmasını sağlamıştır. İç irade, esas niyet ve amaç ne olursa olsun bir işlemin hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olması ve somut delillerle isbat edilebilmesi halinde o işlemin hukukî ve dünyevî açıdan geçerli olduğu söylenir ki, buna *kazâî hüküm* denir.[14] Fakat bu işlem ya da hüküm, iç iradeyi ve asıl niyeti bilen Allah katında geçerli sayılmayabilir. İşte somut olarak takip edilemeyen bu ikinci boyut "diyânî" diye isimlendirilir ve buna bağlı hüküm de "diyâneten" kaydını alır.[15] Bir başka ifadeyle iç irade, dışa yansıyandan farklı olup esas niyet de başka olduğunda ya da somut ispat vasıtalarıyla hukukî takibi yapılamadığında böyle bir işlem, zâhire göre kazâen geçerli sayılsa da diyâneten aynı sonucu doğurmaz.

Söz gelimi bir kişi, kısa bir süre beraber yaşamak sonra ayrılmak amacıyla normal bir evlilik yapsa ve bu niyetini gizleyip hiç açıklamasa, yaptığı evlilik kazâen geçerli olur ve nikâha bağlı hükümler uygulanır. Fakat bu kişinin niyeti bozuk ve dinî değerlere ters olduğu için aynı akit diyâneten geçerli değildir ve uhrevî sorumluluğu doğurur. Hz. Peygamber'in (s.a.) "*Sizler davalarınızı bana getiriyorsunuz. Belki biriniz (haksızken) delilini ötekinden daha düzgün ifade eder ve ben de duyduklarıma göre (doğru zannederek) onun lehine hüküm verebilirim. Kardeşinin hakkından kimin lehine bir şey kesip vermişsem sakın onu almasın. Zira ben (zâhire göre verdiğim) bu hükümle ona ancak ateşten bir parça kesmiş olurum.*"[16] buyruğunda yansıması

---

14 Kazâî hükmü ifade etmek için kaynaklarda "kadâen; fi'l-kadâ; fi'l-hukm; fî hakkı'l-hukm; fi'z-zâhir; ale'z-zâhir; düyyine-yüdeyyenü; suddika-yusaddaku; kubile-yukbelü" kalıpları kullanılır.

15 Diyânî hükmü ifade etmek için kaynaklarda "fî mâ beynehû ve beynellâh; tenezzühen; fi't-tenezzüh; yetenezzehü " kalıpları kullanılır.

16 Buhârî, "Ahkâm", 20; Müslim, "Akdıye", 3.

görülen bu ayırım, dinî-hukukî kuralların gücü üzerinde, vicdanların eğitilmesinde, hukuka saygının aynı zamanda bir kulluk görevi olarak algılanmasında da etkili olmaktadır.

E. Ahlâkla Bütünleşmiş Olması

Beşerî hukuk teorisyenleri genellikle ahlâk ile hukukun birbirinden ayrı alanlar olduğunu söylerler. Onlara göre hukuk dış, ahlâk ise iç eylemlerle ilgilidir; hukuka uygunluk (legalite) ile ahlâka uygunluk (moralite) birbirinden ayrıdır; hukukun yürürlük kaynağı dışta, ahlâkın ise içtedir; keza hukukta sorumlu olunan makam dışta, ahlâkta ise içtedir.

İslâm hukukçularına göre ise kesin hatlarıyla ahlâk-hukuk ayırımından bahsetmemiz mümkün değildir. Aksine fıkıh ile ahlâk bütünleşik bir yapı arz ederler. Nitekim menfaatler çatışmasını devlet yaptırımıyla cebren çözen hukukun, asgarî ahlâk olduğu, ahlâka dayandığı bilinen bir gerçektir. Hz. Ali'nin (r.a.) "*İyi ahlâk üç özellikte somutlaşır: Haramlardan kaçınmak, helali aramak ve aileye cömert olmak*" sözüyle, Abdullah b. Zübeyr'in (r.a.) "*Allah, ancak insanların ahlâkı hakkında vahiy indirmiştir*" tespitinde[17] bu gerçekliğin ipuçlarını bulmak mümkündür.

İslâm hukukunun ahlâktan bağımsız olmadığını, onun idelerinin yani temel fikirleri ve hedef gayeleri olan adalet, hakkaniyet, hakikat ve hürriyetin aynı zamanda birer ahlâk kavramı olmalarıyla da temellendirebiliriz. Daha açık bir söylemle, fıkhın temin etmeye çalıştığı adalet, hakkaniyet, özgürlük, düzen, emniyet, vicdan bütünlüğü, iyiliği gerçekleştirme, kötülüğü giderme, erdem, mutluluk, insan haysiyeti, eşyayı ve mülkiyeti koruma vb. değerler hep ahlâkî içerik taşıyan değerlerdir. Fıkıh, işte bu değerleri somut ilişkiler ağında gerçekleştirmeyi amaçlayan normatif bir kurumdur.

Bu bağlamda Kur'ân'a baktığımızda hukukun hedef gayelerinin, pratik ve somut hukuk kurallarının bildirilmesinden önce, vahyin ilk geliş aşamasından itibaren belirlendiğini görüyoruz. Adalet, ihsan, iyilik, af, sabır, şükür, ahde vefa, kötülüğü en güzel biçimde giderme gibi emirler ile haksızlık, fuhuş, kötülük, taşkınlık, ahde vefasızlık, ölçü ve tartıda hile yapma, bilgisizce hüküm verme, yeryüzünde fitne çıkarma, haksız yere cana kıyma gibi yasaklar Mekke döneminin, iman vurgusu yanında sık dile getirilen mesajlarıdır. Böylece ahlâk altyapısına bağlı, meşrûiyetini ve kuvvetini oradan alan bir hukuk düzeninin de temelleri atılmış oluyordu.

---

17 Buhârî, "Tefsîru Sûrati'l-A'râf", 5

Aynı gerçek, Kur'ân'ın ilk nüzûl sürecinde Hz. Peygamber'in (s.a.) izlediği yöntemde karşımıza çıkmaktadır. Hz. Peygamber, vahyin somut yasamasının yoğunlaşmadığı ilk dönemlerde, Kur'ân'ın az önce vurguladığımız etik önermeleriyle ve Câhiliyye'nin saygın değerleriyle hüküm vermişti. Söz konusu uygulama bize, gerek ferdî gerek mâşerî vicdanda var olan etik değerlerin hukukun temelini oluşturduğunu; hukukun aslında, ahlâkın öngördüğü soyut ilkeleri somutlaştıran bir özelliğe sahip bulunduğunu bir kez daha göstermektedir.

F. Canlı ve Gelişmeye Açık Olması

İlahî vahye dayanıyor oluşu ve vahyin de Resul-i Ekrem'in vefatıyla birlikte kesilmiş olması fıkhın sanki değişemez ve dolayısıyla gelişemez bir hukuk sistemi olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

Hukukun değişmezliği onun belli bir aşamadan sonra donmasını, değişen zamanın ve toplumun ihtiyaçlarını karşılayamaması sonucunu da beraberinde getirir. Oysa hukukun asla değiştirilemeyecek sâbiteleri olması yanında, sürekli gelişen ve değişen hayatla uyumlu olmasını ve bu değişime göre kendi yöntem, sistem, ilke ve mantığı bağlamında gelişmesini sağlayacak esnek bir yapıya da sahip olması gerekir. Değişmezlik ile esneklik dengesini kuramayan hukuklar, zaten hem felsefî geçerliliğini hem de sosyolojik yürürlüklerini kaybederler.

Bu açıdan İslâm hukukuna bakıldığında onun asla değiştirilemeyen kurallarının bulunduğu bir gerçektir. Bu özellik onun dinî bir temele dayanıyor oluşundan, dinin de din olması yönüyle inananlarınca her yer ve zamanda geçerli kabul edilen inanç, ilke ve davranış modellerine sahip olması niteliğinden kaynaklanmaktadır. İnsanı bir başka insandan çok, onu yaratan daha iyi bileceğinden insanın değişmez doğasına (fıtratına) en uygun hükümleri de Yaratıcının koyabileceği, herhalde yadsınamaz. İbadetlere, haram-helallere ilişkin kurallar ile hukuk, siyaset ve ekonomiye dair *ilkesel* düzenlemeler bu çerçeveye dâhildir.

Diğer taraftan mahiyetinde bulunan bazı özellikler İslâm hukukuna kendi içinde yenilenme, kurallı değişme, hayatı okuma ve canlılığını sürdürme yeteneğini kazandırmaktadır. Ona bu kimliği kazandıran niteliklerin başında şunlar gelmektedir:

1. Kur'ân ve Sünnet'in, birçok alanı ayrıntısıyla değil ilkesel olarak düzenlemiş olması,

2. Bu iki temel kaynağın pek çok noktada bilinçli bir suskunluğu tercih etmesi,

3. Yine bunların hükmü ifade biçimlerinin (delâlet) müctehidlere yorum yapma imkânı vermesi,

4. Hüküm çıkarma yollarının çok çeşitli olması,

5. Sosyal hayatla ilgili hükümlerinin (muâmelât) akıl ile gerekçelendirilebilir (muallel) oluşu dolayısıyla rasyonel değerlendirmelere imkân tanıması,

6. Dinin temel değerleriyle çatışmayan örf, âdet ve kabullenişlere değer vermesi,

7. Bireysel ve toplumsal yarar (maslahat) düşüncesini önemsemesi,

8. Olağanüstü durumları ayrı bir kategoriye yerleştirip gerektiğinde hükümlerin askıya alınması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran *zaruret* ilkesine yer vermesi,

9. Bazı mazeretlerden dolayı aslî hükmün (azîmet) uygulanamaması durumunda devreye girecek kolaylaştırma esasına dayalı geçici hükümlere (ruhsat) sahip olması.

10.Meşakkat-güç dengesini gözetip kolaylaştırma ilkesine yer vermesi.

G. Özgün Bir Sistematiğe Sahip Olması

Fıkhın, klasik literatüründe belirgin olan önemli bir özelliği de onun, başka hukuk sistemlerinde bulunmayan özgün bir sistematiğe sahip oluşudur. Ayrıntıları ayrı bir başlık altında ele alınacağı için burada şu kadarını belirtmekle yetinelim:

İnsanın yaratılış amacı Allah'a kulluk olduğu için fıkıh edebiyatında öncelikle insanın Yaratıcısına karşı yükümlülüklerine yani ibadetlere yer verilir. Ardından alış-verişten evlenmeye, buluntu eşyadan ipoteğe, yargılama usûlünden uluslararası ilişkilere dair hükümleri içeren muâmelât konuları gelir. Bunu kanunun suç saydığı ve toplum ya da kişi haklarının ihlali sonucunu doğuran eylemler ile bunlar için öngörülen cezaları düzenleyen ukûbât bölümü takip eder. İnsan hayatı ölümle sona ereceğinden sistematik de vasiyet ve miras konuları ile tamamlanır.

III. İslâm Hukukunun Diğer Hukuk Düzenleriyle İlişkisi

Buraya kadar yer verilen bilgiler İslâm hukukunun, bağımsız ve kendine özgü (sui jeneris) bir hukuk düzeni olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte bazı oryantalistler ve araştırmacılar, kimi benzerliklerden hareketle kendisinden önceki hukuk sistemlerinin İslâm hukuku üzerinde etkili olduğunu iddia etmişlerdir.

İslâm hukukunun tarih sahnesine çıkmasından önce dünya üzerinde belli başlı üç hukuk düzeni bulunuyordu: Roma hukuku, Yahudi/İsrail hukuku ve Sâsânî/İran hukuku. Söz konusu iddia sahipleri, bunlar arasında özellikle Roma ve Yahudi hukuklarının fıkha etki ettiğini söylemişlerdir.

Zerdüştlük diye de bilinen Mazdeizm'e yani Hayır Tanrısı ve Şer Tanrısı ismiyle iki ayrı ilah anlayışına dayanan ve putperest bir karakter taşıyan İran hukukunun, tevhîdi esas alan fıkıh üzerinde etkili olamayacağı açıktır. Diğerlerinin İslâm hukuku üzerindeki etkisine gelince bu konuda şunlar söylenebilir:

A. İslâm Hukuku – Yahudi Hukuku İlişkisi

Yahudi hukukunun, birincisi Tevrat (Ahd-i Atîk), ikincisi Yahudi âlimlerinin yorumlarından oluşan Talmûd olmak üzere iki kaynağı bulunmaktadır. Tevrat'taki bazı hükümlerin Kur'ân ve Sünnet'teki düzenlemelere benzerliği yadırganacak bir durum değildir. Çünkü Tevrat, sonradan tahrîf edilse de kaynağı itibariyle Hz. Musa'ya indirilen vahye dayanmaktadır. Dolayısıyla aradaki bazı benzerlikler konusunda yapılabilecek en tutarlı yorum, o konulardaki ilâhî iradenin tarih içinde aynı şekilde tecelli etmiş olmasıdır. Söz gelimi kadınların başlarını örtmeleri, kasıtlı adam öldürme ve yaralamalarda kısas cezası, faiz yasağı, domuz etinin yenmemesi, evlilikten doğan belli derecelerdeki akrabalığın evlilik engeli (hurmetü'l-müsâhera) sayılması, faili meçhul cinayetlerde cesedin bulunduğu mahalle sakinlerinin sorumluluğu (kasâme) gibi pek çok örnekte olduğu üzere benzerlikler, her iki hukuk düzeninin de aynı ilâhî kaynaktan beslenmesi ile açıklanabilir. Dolayısıyla burada bir etkilenmeden değil, kaynak ve amaç birliğine bağlı bir devamlılıktan söz etmek daha doğru olacaktır. Kaldı ki benzerliklerin sayısı da sınırlıdır.[18]

Yorumlarla ve tahrîflerle oluşan Talmûd hukukuna gelince bunun aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği açık bir konudur.

18 bk. el-Mâide 5/48; eş-Şûrâ 42/13.

B. İslâm Hukuku – Roma Hukuku İlişkisi

Alfred Von Kremer (ö. 1889), Sheldon Amos (ö. 1886), Ignaz Goldziher (ö. 1921), Joseph Schacht (ö. 1969) gibi oryantalistlerin, İslâm hukukunun başka hukuk sistemlerinden etkilendiği hatta onlardan iktibaslarla oluşturulduğu yönündeki tutarsız iddiaları daha çok Roma hukuku ekseninde ortaya atılmıştır.

Bütünüyle insan ürünü olan Roma hukuku m.ö. VII. yüzyılda oluşmaya başlamış ve m.s. VI. yüzyıla kadar gelişmesini sürdürmüştür. Bugünkü Kara Avrupası ve dolayısıyla günümüz Türk hukukunun da temelini oluşturan Roma hukuku, Doğu Roma İmparatoru I. Justinian'ın m.s. 534 yılında *Corpus Juris Civilis* isimli hukuk külliyatını yayımlamasıyla büyük oranda tamamlanmıştır. Gerek tarihî geçmişi gerek coğrafî dağılımı bakımından o günün dünyasının en büyük hukuk sistemi sayılan bu Roma hukuku acaba müslümanların hukuk düşüncesini gerçekten etkilemiş olabilir mi?

Bu soruyu ve öncesindeki iddiaları büyük bir titizlikle inceleyen müslüman ve gayri müslim birçok bilim insanı, pek çok delile dayanarak bunun imkânsızlığını ve yanlışlığını ortaya koymuştur. İslâm hukukunun Roma hukukundan etkilenmediğini, aksine özgün bir hukuk düzeni olduğunu ortaya koyan bu delillerin bir kısmı şunlardır:

1. İlahî buyrukları tebliğ ve maksatlarını açıklamakla görevli olan Hz. Peygamber (s.a.), ne Yunanca, ne Latince ve hatta ne de Süryanice biliyordu. Bu itibarla o devrin Roma hukuku ile doğrudan temasa geçmesine imkân yoktu.

2. Diğer taraftan O (s.a), bütün hayatını doğduğu bölgede kendi kavmi arasında geçirmişti. Bizans'a olan iki seyahati, konuşulmaya bile değmez niteliktedir. Zira ilkinde henüz sekiz yaşındaydı, yirmi beş yaşında iken gerçekleşen ikinci seyahatte ise sadece on beş gün kalmıştı.

3. Ashab arasında Roma hukukunu bilenler olduğuna dair hiçbir haber yoktur.

4. İslâm hukuku, ilk aşamada, tabii olarak doğduğu muhitin yani Mekke ve Medine'nin, daha genel bir ifadeyle Arabistan'ın örfüne dayanıyordu. Oysa Roma hukukunun Arabistan'a nüfuz ettiğini gösterecek bir iz yoktur. Aksine Bizans yönetimi, Kuzey Arabistan'daki kabilelere bile kendi hukukunu uygulamıyordu. Romalı hukukçuların Arabistan topraklarına geldiğine dair de bir emare yoktur.

5. Sünnîsiyle Şîîsiyle bütün fıkıh mezhepleri, Hicaz, Irak ve benzeri gibi Bizans'a ait olmamış bölgelerde doğmuştur. Eski Bizans topraklarında yetişen o dönemin yegâne fakihi Evzâî'dir (ö.157/774) ki o da, Sind'den (Batı Pakistan) alınan bir savaş esirinin oğluydu ve ancak hayatının sonlarına doğru Beyrut'a yerleşmişti. Her ne kadar Şâfiî Mısır'a gitmişse de bu, hayatının sonlarına doğru olmuştur.

6. Diğer taraftan Emevîlerin başkenti Şam idiyse de fıkıh, onların zamanında değil, Bağdat merkezli Abbasîlerin döneminde gelişmiş ve sistemleşip ilim hüviyetini almıştır. Daha doğuda olan Bağdat ise Roma nüfuzundan bir hayli uzaktı.

7. Mantıkta, felsefede, coğrafyada, tıpta ve skolastik teolojide görülen örneklerin aksine, İslâm hukukunun başlangıç safhasında, Yunanca ya da Latinceden alınmış bir tek fıkıh terimine rastlanmaz.

8. İslâm hukukunun teşekkül ve gelişimi sırasında, Roma hukuku eserlerinin müslüman dillerine tercüme edildiğini gösteren herhangi bir kayda rastlanmamıştır.

9. Meşhur fakihlerin hemen hemen hepsi, Roma toprağı olmayan memleketlerde yetişmişlerdir. Sayıca en fazla olanlar İran ve Türkistan'dan idiler ki, buralarda Roma değil, Çin ve İran gelenekleri biliniyordu.

10. Kur'ân, gayri müslim vatandaşlar için geniş sayılabilecek bir hukukî ve adlî özerklik öngörmüştür.[19] Bu özellik ise müslüman kanunlarıyla gayri müslim kanunları arasındaki etkileşim iddiasını bertaraf eder.

11. Müslümanlar, Hz. Peygamber'in vefatından daha on beş sene geçmemişti ki, İspanya'dan Çin'e, Güney Kafkasya'dan Batı Hind'e kadar uzanmışlardı. Bu geniş devletin halkı, hiç değilse bir düzine dil konuşuyor, yarım düzine medeniyete mensup bulunuyorken bunlar bir tarafa, sadece Roma tesirinden bahsetmek, maksatlıdır.

12. Söz konusu iki hukuk sistemi arasında temelde de büyük farklılıklar vardır. Şöyle ki: Roma hukukunda, dinî inanç ve ibadetlere dair hükümler yoktur. Roma hukukundaki, şahıs, eşya ve kaza şeklindeki üçlü bölümleme, hiçbir fıkıh ekolünde görülmemiştir. Roma medenî kanununun temeli, baba hâkimiyetine (patria potestas) dayanırken, fıkıh, kişisel sorumluluk esasını

19 el-Mâide 5/42-47.

getirmiştir. Romalılar için kanun, halk iradesinin ifadesiyken, İslâm hukuku aslî kanun koyucu olarak Allah'ı kabul eder. Tam bir formaliteler düzeni olan Roma hukuku yanında fıkıh, sade bir hukuk mantığı ve prosedürüne sahiptir.

13. Kaldı ki Roma hukuku da sırf Romalıların eseri değildir. Kuzey Afrika, Suriye ve Küçük Asya'nın katkıları olmasaydı, bu hukuk, az gelişmiş olmaktan kurtulamayacaktı. Üstelik birçok Batılı hukukçu ve tarihçinin de belirttiği gibi Justinyen Kanunları, kendi halkının tamamı tarafından bile uygulanamamıştır. Çünkü bu kanunlar Latince iken, halk Yunanca, Süryanice ve başka dilleri konuşuyordu. Samimi hıristiyanlar da, onu putperest/pagan kültürünün ürünü olarak gördükleri için benimsemiyorlardı.

14. İslâm'ın zuhur ettiği dönemde Roma hukuku, Doğu Roma İmparatorluğu'nda yani Bizans'ta bile –bazı taşra merkezleri istisna edilirse- hiç uygulanmıyor; buradaki hukuk düzenini rahipler belirliyordu. Onlar da tabiatıyla hıristiyanlığın malı olmayan bir hukukla muameleyi benimsemiyorlardı.

Görüldüğü üzere Roma hukuku da dâhil olmak üzere diğer hukuk sistemlerinin İslâm hukuku üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Kurumsal düzeydeki siyasî ve idarî bazı benzerlikler, doğal ihtiyaçların ortak akılla çözümlenmesinden başka bir anlam ifade etmezler. Konuyu bazı yazarların tesbitleriyle bitirelim:

Rum asıllı gayrı müslim hukukçu Sava Paşa (ö. 1904) şu itirafta bulunmuştur: "Hukukçu geçinen bazı asrîlerin öteden beri ağızlarında geveledikleri gibi ben de İslâm fıkhının muâmelâta dâir kısmının Roma hukukundan alındığını zannederdim. Fakat sonra İslâm fıkhının kaynakları üzerinde uzun müddet yaptığım ilmî tahkîkât ve derin tetkîkât neticesinde gördüm ki, bu muazzam fıkhın Roma hukukundan intikal ettiği hakkındaki mütâlaa çok zayıf bir esasa dayanmakta ve hakikat olmaktan ziyade hayal bulunmaktadır. Hiç şüphesiz her hukukun muhtelif kaynakları vardır; fakat gördüm ki, İmparator Jüstinyanus'un Roma hukuku tedrisi için Beyrut'ta tesis ettiği mektep, sırf akla dayanan bir tesis olup onu Hıristiyanlık boyasına boyamaktan ibaret kalmıştır. Halbuki İmam-ı Âzam'ın fıkhı ise Allah'ın Kitabı ile Peygamber'in Sünnet'ine dayanmaktadır. Bu sebeple İslâm hukukunda şuna buna istinat etmiş gayrı muteber bir tek hüküm, asla görülemez."[20]

20 Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, I/VIII-IX.

Fransız hukukçu René David şu tesbitte bulunmuştur:

"İslâm hukuk bilimi ya da fıkıh... hukukun dallarını (fürû) yani İslâm hukukunun temelinde yer alan kural ve kategorileri inceler. İslâm hukuku, yapısı, içerdiği kategori ve kavramlar itibariyle, buraya kadar incelediğimiz hukuklara (Roma-Cermen, Sosyalist hukuklar, Common Law) nazaran büyük bir orijinallik taşır... Asıl olan, İslâm hukukunun diğer hukuklar ve özellikle kendisi gibi dinî olan kanonik hukuk nazarında arzettiği fevkalâde orijinal yapısıdır... Böyle bir kaynağı bulunmayan bütün sistemlere nazaran İslâm hukukunun vahiy niteliği onun, en belli başlı karakterini oluşturur."[21]

C. İslâm Hukuku – Câhiliyye Hukuku İlişkisi

Bilindiği üzere İslâm'ın gelmesinden önce Arabistan'da yaşanan döneme, bu dönemde hâkim olan inanç, kültür, örf-adet ve hukuk kurallarını da ifade etmek üzere Câhiliyye denmektedir.

Merkezî bir devlet yapılanmasına sahip olmayan ve kabileler halinde yaşayan Câhiliyye toplumunda yetkili kişi ya da organlar eliyle belirlenmiş hukuk kuralları bulunmuyor; toplumsal düzen kabilelerce benimsenen örf-adet kurallarına göre sağlanıyordu. Kuralların yaptırımı da kabilenin gücü ve toplumsal baskıyla orantılıydı. Söz konusu kuralların bir kısmı son derece yüksek bir ahlâk ve fazilet anlayışına dayanırken bir kısmı da akıl ve insanlığın asla kabul edemeyeceği bir seviyede bulunuyordu.

İşte böyle bir toplumsal düzleme gelen İslâm, kendisinin onaylayacağı ahlâk ve fazilet esasına dayanan Câhiliyye uygulamalarını aynen benimseyerek ibkâ etmiş, böyle olmayanları ise bütünüyle reddederek ilgâ etmiştir. Anlaşmazlıkların veya haksızlıkların bir komisyon aracılığıyla giderilmesi, öldürme ve yaralamalarda diyet ödenmesi, gerektiğinde gusül yapılması, emek-sermaye ortaklığı demek olan müdârebenin uygulanması, ibkâ edilenlere; üvey anne ile evlenebilme, evlâtlık edinebilme, hayvanların henüz doğmamış yavrularını alıp-satma ve faiz, ilgâ edilenlere örnek olarak hatırlanabilir.

Câhiliyye kuralları karşısındaki bu iki temel tavır yanında bir üçüncüsü ıslâh yani düzelterek kabul etme yaklaşımıdır. Özü itibariyle kabul edilebilir, ama ayrıntılarında bozukluklar olan bazı Câhiliyye uygulamaları İslâm tarafından en uygun biçime kavuşturularak düzeltilmiş ve bu son haliyle hukuk düzenine dâhil

21 David, René, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, s. 418, 424.

edilmiştir. Söz gelimi aynı anda sayısız kadınla evli olabilmeyi hem sayısal hem de niteliksel bir sınırlandırmaya tabi tutmuş, boşanmalarla ilgili kuralları düzeltmiş, miras paylaşımındaki haksızlıkları gidermiş, hac ibadetini ıslâh etmiştir.

Hâl böyleyken Câhiliyye hukukunun büyük ölçüde fıkha tesir ettiği yönünde bazı iddialar ortaya atılmıştır. Bu temelsiz iddialara Alman şarkiyatçı Joseph Schacht'ın (ö. 1969) diliyle şu karşılık verilebilir:

"İslâm'ın, mülkiyet, akitler ve borçlar hukukunun ana hatlarını, İslâm öncesi Araplarının örfî hukukunun bir parçasının teşkil ettiği sanılmamalıdır. Böyle bir faraziyenin dayandığı düşünce, İslâm hukuku tarihine ait yeni araştırmalar neticesinde geçerliliğini kaybetmiştir."[22]

IV. Müslümanların Hukuk İlmine Katkıları

Az önce ifade edildiği gibi İslâm'ın zuhûrundan önce dünya üzerinde çeşitli hukuk sistemleri bulunmaktaydı. Bu hukuk sistemleri kendi adalet, doğru-yanlış, iyi-kötü anlayışlarına göre sosyal hayatı düzenliyor, bunun için gerekli kurumları tesis ediyor ve ilkeleri belirliyordu.

İslâm'ın gelmesiyle insanlığın buluştuğu yeni hukuk anlayışı ve kurumları, bu eski hukuklarda bulunmayan birçok yeniliği de insanlığa bahşetmiştir. Ayrıntılı hükümler düzeyindeki yüzlerce devrimsel nitelikli düzenlemesi, onlarca kurumsal icadı bir tarafa bırakarak burada, Muhammed Hamîdullah'tan (ö. 2002) iktibasla müslümanların hukuka ve hukuk ilmine sağladığı kazanımlardan bir kısmını sayacağız:

1. Kaynaklardan hüküm çıkarma ve onları yorumlama ilke, yöntem ve felsefesi demek olan *fıkıh usûlü* (hukuk felsefesi ve metodolojisi/jurisprudence), bir müslüman ilmi olarak doğmuştur. İslâm'dan önceki dönemlerde köklü hukuk mevzuatı bulunmakla birlikte, soyut hukuk ilmine ilişkin bir girişim mevcut değildir.

2. Devlet tarafından resmen ilan edilip uygulanması sıfatıyla dünya tarihinde bilinen ilk yazılı anayasa, *Medine Sahîfesi* ile müslümanlara aittir.

3. Bağımsız devletler ve uluslararası teşkilatlar arasındaki ilişkileri, siyasete ve keyfe göre değil, yaptırım gücüne sahip hukuka göre tanzim eden devletler hukuku, yine dünya tarihinde ilk defa '*siyer*' adıyla müslümanların elinde somutlaşmıştır.

---

22 Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 18.

4. Fıkıh, insana âhenkli ve dengeli bir gelişim bahşetmek için hayatın bütün alanlarıyla ilgilenmiş; diğer hukuk sistemlerinde bulunmayan bir nitelik olarak, ruhî-manevî olgunlaşma için de ilkeler ve hükümler belirlemiştir.

5. İster dünyevî ister dinî olsun daha önceki hukuk sistemleri, vergi politikasını devlet başkanının keyfî belirlemesine bırakmışken, ilk defa müslümanlar, vergilerin tarh, tahakkuk ve sarfını kurala bağlamış; bütçe ilkelerini tespit etmişlerdir.

6. Müslümanlardaki hukuk felsefesi, haklı olarak herkesin taktirini kazanmıştır. Buna göre hukukî düzenlemeler *husn* (iyi) ve *kubh* (fena) üzerine istinat eder. İyiliğin ve fenalığın bulunma oranına göre şeyler ve fiiller ya vâcib (mecburî), ya müstehab (yapılması tercih edilen), ya mubah (ihtiyarî) veya mekruh (terk edilmesi tercih edilen) ya da haram (kesin yasak) hükümlerini alırlar.

7. Hukuk tarihinde '*niyet*' kavramına ilk defa hukuk sistemlerinde yer verenler de müslümanlardır. Ameller niyetlere göre değerlendirileceğinden, bilerek yapılan haksızlık ile istemeyerek yapılan haksızlık, hukuk tarafından aynı düzeyde değerlendirilmeyecektir.

8. Maddî yaptırımlar yanında İslâm, özde belki daha etkili olan manevî yaptırımlarla da hukuku kuvvetlendirmiştir. İşte bu sebepledir ki gerçek mümin, kamu otoritesinin veya diğer insanların takibinin söz konusu olmadığı yer ve zamanlarda da görevlerini yerine getirir.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Abdülhamid, Nizameddin, *Mefhûmü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut 1984

Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2010

Bağdâdî, Hatîb (ö. 463/1071), *el-Fakîh ve'l-mütefakkih*, Riyad 1996

Bilge, Necip, *Hukukun Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara 2007

Çağıl, Orhan Münir (ö.1999), *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İstanbul 1949

Çobanoğlu, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964,

David, Rene, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (çev. A. Köteli), İstanbul 1985

Devâlîbî, Muhammed Ma'rûf (ö. 2004), *el-Medhal ilâ İlmi Usûli'l-Fıkh*, Dımaşk 1959

Ebû Hanîfe (ö. 150/767), *el-Âlim ve'l-müteallim* (nşr. M. Z. el-Kevserî), Kahire 2001

__________, *el-Fıkhü'l-Ebsat*, (nşr. M. Z. el-Kevserî), Kahire 2001

Erdoğan, Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul 1990

Goldziher, Ignaz (ö. 1921), "Fıkıh", *İA*, IV, 601-608

Hamîdullah, Muhammed (ö. 2002), *İslâm Hukuku Etütleri*, İstanbul 1984

İslâm Fıkhını Nasıl Anlamalıyız? (Ed. Y.V. Yavuz), Bursa 2006

Karadâvî, Yusuf, *Şerîatü'l-İslâm*, Beyrut 1987; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuku: Evrensellik-Süreklilik* (çev. Y.Işıcık-A.Yaman), İstanbul 1997

Karaman, Hayreddin, "Fıkıh", *DİA*, XIII, 1-14

__________, *İctihad, Taklid ve Teflik Üzerine Dört Risale*, İstanbul 1982

Kavakçı, Yusuf Ziya, *Suriye-Roma Kodu ve İslâm Hukuku*, Ankara 1975

Kıllıoğlu, İsmail, *Ahlak-Hukuk İlişkisi*, İstanbul 1988

Medkûr, Muhammed Sellâm, *Medhalü'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1964; Türkçe Yayımı: *İslâm Hukuk Başlangıcı* (çev. R.Özcan) İstanbul 1995

Özen, Şükrü, *Mezheplerin Doğuşu ve İctihad Tartışması*, İstanbul 1987

Sava Paşa (ö. 1904) , *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd I-II* (çev. B. Arıkan), Ankara 1955-1956

Schacht, Joseph (ö. 1969), *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1971; Türkçe yayımı: *İslâm Hukukuna Giriş* (çev. M. Dağ - A. Şener), Ankara 1977

Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut 1985

Türcan, Talip, "İslâm Hukukunun Mahiyeti ve Temel Özellikleri", *İslâm Hukukuna Giriş* (Ed. Y.Apaydın), Eskişehir 2010, ss.2-20

Yaman, Ahmet, "Fıkıh - Ahlâk İlişkisi: İslâm Amelî Ahlâkının İlke ve Uygulamaları Çerçevesinde Bir Giriş", *Usûl: İslâm Araştırmaları*, sy: 9 (2008), s. 87-118

Zeydân, Abdülkerîm, *el-Medhal li Dirâseti'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Bağdat 1982, Türkçe yayımı: *İslâm Hukukuna Giriş: Genel Hükümler ve Müesseseleri* (çev. A. Şafak), İstanbul 1985.

İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Hukukta kaynak kavramı, mükellefin fiilleriyle ilgili hükmün nereden ve nasıl çıkarıldığını ifade eder. Dolayısıyla kaynak denince hem fıkhî hükmü bizzat içeren yazılı ya da yazısız *deliller* hem de kendisi bir yol-araç olduğu için doğası itibariyle bir hüküm içermeyen ama hükme ulaşmayı sağlayan *yöntemler* beraberce kastedilir. Buradan hareketle mesela ayrıntılarını aşağıda göreceğimiz Kitap, Sünnet, icma, sahabî kavli, şer'u men kablenâ ve örfün *delil* türü kaynaklardan bazıları olduğunu söyleyebiliriz. Kıyas, istihsân, istıslâh, sedd-i zerîa ve istıshâb ise *yöntem* türü kaynaklardan bazılarıdır. Delil ve yöntemler, fıkıh usûlü eserlerinde delil (çoğulu: edille), tarîk (çoğulu: turuk), asl (çoğulu: usûl) gibi başlıklar altında bir arada ifade edilmiştir. İslam hukukunun genel ilkeleri anlamına gelen kavâid-i külliyye de, hukukî meselelerin çözüme kavuşturulmasındaki temel tavrı göstermeleri sebebiyle bazı müellifler tarafından bu bağlamda ele alınmıştır.

İslâm hukuku temelde ilâhî vahye dayandığı için kaynaklar hiyerarşisi Kitab'ı yani Kur'ân'ı esas alan bir derecelendirmeyle belirlenmiştir. Bu belirlemede ayrıca hükme doğrudan mı yoksa dolaylı mı ulaşıldığı hususu da göz önüne alınmıştır.

Genellikle kabul edilen bu yaklaşıma göre kaynaklar önce aslî ve fer'î olarak ikiye ayrılır. Aslî olanlar hem hükmü doğrudan veren hem de fer'î olanlarına meşruiyet sağlayan temel kaynaklardır. Fer'î olanlar ise geçerliliğini aslî kaynaklardan alan ve hükme daha çok onların uzantısı olarak ulaştıran ikincil kaynaklardır. Buna göre Kitap, Sünnet ve icma delilleri aslî; sahabî kavli, şer'u men kablenâ ve örf delilleri fer'î nitelikli kaynaklardır. Bunların yanında soyut bir uygulama aracı olmaları yönüyle herhangi bir hüküm içermeyen fakat hükme ulaşmayı sağlayan yollar anlamında bazı hüküm çıkarım (istinbât) yöntemleri vardır. Kıyas, istihsân, istıslâh, sedd-i zerîa ve istıshâb bu yöntemlerin başlıcalarıdır.

Bu ayırıma göre İslâm hukukunun (fıkhın) en çok başvurulan kaynakları şunlardır:

İslâm Hukukunun Kaynakları

Deliller		Yöntemler
Aslî Deliller	**Fer'î Deliller**	Kıyas
Kitap	Sahabî kavli	İstihsân
Sünnet	Şer'u men kablenâ	İstıslâh
İcma	Örf	Sedd-i zerîa
		İstıshâbu'l-asl

Şimdi söz konusu ayırımı dikkate alarak fıkhın kaynaklarını ve genel ilkelerini ana hatlarıyla tanımaya çalışalım.

I. Aslî Deliller

A. Kitap

Kitaptan kasıt, bilindiği üzere Hz. Muhammed'e (s.a.) hem manası hem de bu manayı ifade eden Arapça lafzı/nazmı Allah katından indirilmiş ve bize tevatürle ulaşmış son ilâhî metin olan Kur'ân'dır.

Kanun koyucu olan Yüce Allah'ın hitabını, muradını ve maksadını doğrudan kendisinden elde ettiğimiz için Kitap yani Kur'ân ana kaynaktır. Diğer bütün kaynak ve yöntemlerin temeli ve meşruiyet ölçüsü sayıldığından Kitab'a "aslü'l-usûl" denmiştir.

Yukarıda belirtilen özellikleri dolayısıyla Kur'ân'ın varlığında ve eksiksiz olarak bize ulaştığında herhangi bir şüphe bulunmaz. Âlimler bu özelliği "Kur'ân'ın sübûtu kat'îdir" (قطعي الثبوت) kuralıyla dile getirirler. Bununla birlikte hükümlere delâletinde yani içinde bulunan hükümlerin anlaşılmasında her zaman kat'îlik olmayabilir. Bir başka deyişle, Kur'ân'ın bazı kelime ve cümleleri farklı anlamlara ya da anlamalara açık olabilir. Bu özellik, delâletin bazen zannî de olabileceğine işaret etmek üzere "Kur'ân'ın hükümlere delâleti her zaman kat'î değildir" (ظني الدلالة) cümlesiyle dile getirilir. İşte bu farklı anlamlara ve anlamalara açık yani zannî olan hüküm ayetleri, müctehitler tarafından daha çok beyan ictihadı ile yorumlanmaya çalışılır.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, "*Ölenin çocuğu varsa, geriye bıraktığı malda, ana babasından her birinin altıda bir hissesi vardır. Eğer çocuğu yok da yalnız ana babası ona varis oluyorsa, annesine üçte bir düşer. Eğer kardeşleri varsa, annesinin hissesi altıda birdir.*"[23] ayetinin delâleti, herkesin açıkça anlayabileceği bir hükmü ortaya koyması açısından kat'îdir. Fakat "*Ey iman edenler! Birinizin ölümü yaklaştığı zaman, vasiyet sırasında sizden iki adil kişi, aranızda şahitlik etsin. Şayet yeryüzünde yolculuk ederken başınıza ölüm musibeti gelmişse, sizden olmayan iki kişi şahitlik eder.*"[24] ayetinin hükme delâleti zannîdir. Zira ayette geçen "sizden" kelimesi "müslümanlardan, akrabanızdan, mahallenizden, toplumunuzdan" şeklinde anlaşılabileceği gibi "sizden olmayan" nitelemesi de aynı şekilde bunların karşıtlarının her birine hamledilebilme ihtimalini taşımaktadır. Şu halde bu hüküm ayetinin delâleti zannîdir; bir diğer söylemle yoruma açıktır.

Kur'ân'ın hükümleri açıklayış yöntemi de iki türlüdür. Belli hikmetlere bağlı olarak hükümlerin çok az kısmı ayrıntısıyla sevkedilmiş, bunun yanında büyük kısmı genel ilkeler düzeyinde ve toplu tarzda konulmuştur. Ayrıntıya inilen konuların, ya akılla kavranılamayacak (taabbüdî) olanlar ya da kanun koyucu tarafından özel önem atfedilenler olduğu söylenebilir. Mesela miras payları taabbüdî hükümlere; aile hukuku ile ilgili birçok düzenleme de özel önem verilenlere örnek olarak zikredilebilir.

Bu ifadelerden, taabbüdî hükümlerin Kur'ân'da etraflıca ele alındığı sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü namaz, zekât, oruç ve hac gibi en önemli olanları da dâhil olmak üzere ibadetlerin yerine getirilmesiyle ilgili ayrıntılar Sünnet'e ve hatta bir ölçüde ictihada bırakılmıştır. Binâenaleyh Kur'ân'ın hükümleri açıklamadaki hâkim karakteri, ilkeleri tespit etmek, ahlâkî ve hukukî genel ilkeler belirlemek ve çerçeveyi çizmek yönünde şekillenmiştir. Adaletin sağlanması, kanun önünde eşitlik, sözleşmelere bağlılık, herkesin kendi fiillerinden sorumlu olması, yönetimde saydamlık ve katılımın sağlanması (şura), suçsuzluk ve borçsuzluğun esas olması (masumiyet karînesi), kâinatın insanın hizmetine verilmiş olması ve eşyadaki temel niteliğin mubahlık oluşu, zaruret halinin dikkate alınması, nimet-külfet dengesine dikkat edilmesi, iyilik ve hayırda yardımlaşmak, bu genel ilkelerden bazılarıdır.

---

23 en-Nisâ 4/11

24 el-Mâide 5/106

B. Sünnet

Kısaca Hz. Muhammed'in (s.a.) söz, fiil ve takrirlerinin (onaylarının) bütünü olarak tanımlanan Sünnet, İslâm hukukunun ikinci delilidir. Buradaki "ikinci"lik, önem ve işlev açısından değil, sadece hiyerarşik sıralama açısından bir anlam ifade eder. Çünkü Hz. Peygamber, Kur'ân'ı hem tebliğ hem de beyanla yani insanlığa duyurup onu açıklamakla görevlidir.[25] Böyle olunca onun açıklamaları, Kur'ân'ın genel hükümlerini ayrıntısıyla ortaya koyması ve bilinçli olarak bıraktığı boşlukları doldurması Yüce Allah'ın gözetiminde ve onun emri, ilhamı ve vahyiyle gerçekleşmektedir. Daha açık bir ifadeyle Sünnet, Kur'ân ile son tahlilde aynı kaynaktan çıkmakta ve aynı işlevi görmektedir. Böyle olduğu içindir ki Kur'ân ve Sünnet metinlerine beraberce "nas" denmektedir. Nitekim şu ayetler bu söylenilenlere işaret etmektedir:

"Kim peygambere itaat ederse, Allah'a itaat etmiş olur. Kim yüz çevirirse, bilsin ki, biz seni onlara bekçi göndermedik."[26]

"Hayır! Rabbine andolsun ki onlar, aralarında çıkan çekişmeli işlerde seni hakem yapıp, sonra da verdiğin hükme, içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın, tam bir teslimiyetle boyun eğmedikçe iman etmiş olmazlar."[27]

"Allah ve Resûlü bir iş hakkında hüküm verdikleri zaman, hiçbir mü'min erkek ve hiçbir mü'min kadın için kendi işleri konusunda tercih kullanma hakları yoktur. Kim Allah'a ve Rasûlüne karşı gelirse, şüphesiz ki o, apaçık bir şekilde sapmıştır."[28]

Hz. Peygamber aynı zamanda bir insan olduğu için onun dini ilgilendiren sünneti ile böyle olmayan dünyevî ve beşerî tasarruflarını ayırmak önem taşımaktadır. Bu açıdan onun sünneti ikiye ayrılarak incelenmiştir:

a. Hüdâ sünneti (سنة الهدى)

b. Zevâid sünneti (سنة الزوائد)

Birincisi, dinî mahiyeti bulunan, Resûl-i Ekrem'in (s.a.) insanlığı doğruya hidayet ve irşat amacını taşıyan söz, fiil ve takrirlerini ifade etmektedir. Fıkıhta kaynak olan sünnet de esasen budur.

---

25 el-Bakara 2/151; el-Mâide 5/67; en-Nahl 16/44.

26 en-Nisâ 4/80.

27 en-Nisâ 4/65.

28 el-Ahzâb 33/36

İkincisi ise Hz. Peygamber'in sırf insan olma özelliğinden kaynaklanan, herhangi bir dinî nitelik ya da örneklik vasfı taşımayan davranışlarıdır. Söz gelimi yemesi, içmesi, kıyafeti, yürümesi, ziraat yöntemi ve ordu düzeni gibi. Cibillî eylem de denen bu ikincilerin kaynaklık niteliği taşımayacağı ortadadır.

Kaynaklık özelliğine sahip olan sünnet-i hüdâ tıpkı Kitap delilinde olduğu gibi sübût ve delâlet açısından kısımlara ayrılmaktadır. Kur'ân'a göre daha az düzeyde olmakla birlikte Sünnet'in de hükümlere delâletinde zannîlik söz konusu olabilmektedir. Değişik açılımlara ihtimali olan Sünnet verisi, müctehidlerce farklı farklı anlaşılabilmiş; dil kurallarına, örfe, maksada vb. unsurlara bağlı kalarak yorumlanabilmiştir. Mesela *"Her kırk koyunda bir koyunun zekât verilmesi gerekir"*[29] hadisini Hanefîler, hükmün maksadından hareketle, koyunun kendisi gibi kıymeti de verilebilir tarzında yorumlarken; çoğunluk, zâhirî anlamın esas alınıp koyunun bizzat kendisinin zekât olarak verilmesi görüşünü benimsemiştir.

Fakat Sünnet ile ilgili esas mesele onun rivayeti yani bize geliş şeklidir. Daha teknik bir dil ile sübûtu meselesidir.

Sübût açısından çok genel hatlarıyla üçlü bir ayırımdan bahsedilebilir:

a. Mütevâtir Sünnet

b. Meşhûr Sünnet

c. Âhâd Sünnet.

Sünnetin sübûtunu tespitte esas alınan üç tabaka yani sahâbe, tâbiûn ve tebeu't-tâbiîn tabakalarının her birisinde yalan üzerinde birleşmelerini aklın kabul etmeyeceği bir çoğunluk tarafından bir sonraki tabakaya aktarılan Sünnete *mütevâtir*, bu özelliğe tâbiûn ve tebeu't-tâbiîn halkasında kavuşan Sünnete *meşhûr*, bu üç tabakanın hiçbirisinde bu niteliğe kavuşamamış olan Sünnete ise *âhâd* denmektedir.

Aralarında önemsiz bazı farklar olmakla birlikte mütevâtir ve meşhûrun hem ilim hem de amel ifade edeceği yani bağlayıcı olduğu konusunda âlimler arasında görüş birliği bulunmaktadır.

Sünnet verilerinin büyük çoğunluğunu oluşturan âhâd (خبر الواحد; أخبار الآحاد) kısmına gelince, sübûtundaki zannîlik dolayısıyla bunun kaynaklık niteliği ve gücü tartışılmıştır. Çoğunluk, rivayet zinciri kopuksuz olan (senedi

29 Tirmizî, "Zekât", 4.

muttasıl, müsned) ve muhaddislerce sahih olarak nitelenen âhâd hadisleri delil olarak almada tereddüt etmemiştir. Bunun yanında Hanefî ve Mâlikîler böyle bir sünnet-hadisin kabulü için bazı ilave şartlar öne sürmüşlerdir. Bu şartların başında, sahâbî râvîsinin fakih olmaması halinde rivayet ettiği hadisin şer'î esaslara ve kıyasa aykırı olmaması gelmektedir. Ayrıca Hanefîler ilk râvînin Hz. Peygamber'den rivayet ettiği hadisin aksine davranmamış olmasını, hadisin sık tekrarlanan ve bu özelliği sebebiyle herkesin hükmünü bilme ihtiyacı duyacağı olaylar (umûmü'l-belvâ: عموم البلوى) hakkında olmamasını; Mâlikîler Medine'deki yerleşik uygulamayla (amelü ehli'l-Medîne) çelişmemesini ararlar. Koşulan bu şartlar, tamamıyla haber-i vâhidin sübûtundaki şüpheleri gidermeye dönüktür. Sonuç itibariyle bütün mezhepler ve müctehidler, Sünnet'i Kur'ân'ın hemen yanında, onunla aynı vahiy kaynağından beslenen bir delil olarak kabul etmişlerdir.

C. İcma

Hz. Peygamber'in vefatından sonraki herhangi bir zaman diliminde o dönemde yaşayan bütün müctehidlerin şer'î amelî bir hüküm üzerindeki ittifaklarına icma denmiştir. Bu ittifak, müctehidlerin her birinin görüşlerini açıkça belirtmeleriyle olabileceği gibi, bir kısmının açıkça görüş belirtmemekle birlikte belirtenleri onaylamak anlamına gelebilecek sessizlikleriyle de meydana gelebilir. İslâm hukukçuları birinci şekli sarîh icma (el-icmâu's-sarîh), ikincisini sükûtî icma (el-icmâu's-sükûtî) olarak adlandırmışlardır. Sükûtî olanının kaynak değeri etrafında bazı Şâfiî ve Mâlikîlerin olumsuz bir yaklaşımı bulunsa da her iki çeşidiyle icmanın kaynaklık değeri, genel kabul görmüş bir husustur.

Hz. Peygamber'den rivayet edilen *"Benim ümmetim hata/dalâlet üzerinde birleşmez"*[30]; *"Allah'tan ümmetimin dalâlet üzerinde birleşmemelerini niyaz ettim, o da kabul buyurdu"*[31] gibi hadisler, İslâm ümmetinin topyekûn hata yapmaktan korunduğunu göstermektedir.

İcma kaynaklık gücünü, hadisler yanında daha çok ümmetin kendisini belirleyici ve sabitleyici bir kaynak olarak görmesinden almaktadır. Bu özelliği de esasen sahâbe döneminde belirginleşmiştir. Söylediklerimizi biraz açacak olursak, İslâm'ın temel esaslarının ve göstergelerinin (şeâir) ne olduğu, nasıl algılanması ve uygulanması gerektiği sahâbe dönemimde sabitlenmiştir. Mesela

30 bk. İbn Mâce, "Fiten", 8.
31 bk. Ebû Dâvûd, "Fiten", 1.

namazın nasıl kılınacağını Hz. Peygamber öğretmiştir. Fakat bu öğreti, değişmez ve değiştirilemez niteliğini sahâbenin bu öğreti üzerindeki icmaından almıştır. Aynı şekilde Kur'ân'da sadece adı konan bir cezanın nasıl uygulanacağını Resûl-i Ekrem açıklamıştır. Fakat açıklanan bu şekil, değişmez ve değiştirilemez niteliğini sahâbenin bu açıklama üzerindeki ittifakıyla kazanmıştır. İcmanın esas işlevi de zaten budur. Bu işlev, az önce ifade edildiği üzere ilk nesillerle sınırlıdır.

İcmanın bu sabitleyici özelliğine nispetle, hüküm koyucu işlevi ikinci plandadır. İcma zaten nas, örf ve maslahat gibi bir delile dayanmak zorundadır ki, buna icmanın dayanağı anlamında *senedü'l-icma* (veya *müstenedü'l-icma*) denmektedir. Yani icma olmasaydı bile yine bu delillere dayanan bireysel ictihadlarla hüküm tesis edilebilirdi. Ne var ki icma, sübûtu veya delâleti zannî olan nassı kuvvetlendirmekte, göreceli ve soyut olan maslahatı somutlaştırmakta, örfün de dinin ölçülerine uygun olduğunu tespit edip ulaşılan hükme güveni artırmaktadır.

Hem tanımlandığı şekliyle icmanın oluşmasının zorluğu hem de hüküm koyucu fonksiyonunun yukarıda anlatıldığı gibi ikinci planda kalışı, icmanın gerçekleştiği yönündeki iddiaları ihtiyatla karşılama refleksini doğurmuştur. Nitekim İmam Şâfiî (ö. 204/819) "aykırı bir görüşün bulunmadığına ilişkin bilgi, o konuda icma olduğu anlamına gelmez" derken; İmam Ahmed b. Hanbel de (ö. 241/855) "nereden bilecek belki de insanlar o konuda ihtilaf etmişlerdir de bu ihtilaf o kişiye ulaşmamıştır..." diyerek icma iddialarına ihtiyatla yaklaşılmasını önermiştir.

II. Fer'î Deliller

A. Sahâbî Sözü/İctihadı (Kavlü's-Sahâbî)

Bundan maksat herhangi bir sahâbînin kendine özgü yaklaşımı ve ictihadıdır.

Farklı bazı tanımlamalar yapılsa da fıkıh bilginlerinin çoğunluğuna göre sahâbî (çoğulu: sahâbe, ashâb) Hz. Peygamber'e iman etmiş olan ve "arkadaş" denilecek ölçüde uzun süre onunla birlikte bulunmuş olan kimseye denmektedir. Vahyin inişine şahit oldukları, dini Resûl-i Ekrem'den doğrudan öğrendikleri, onun eğitim ve terbiyesinden geçtikleri, özellikle onun yasa koyma ve hüküm verme yöntemini yakından izledikleri ve dini sonrakilere aktaran nesil oldukları için bazı müctehitler onların şahsî ictihad ve tercihlerine özel önem vermişlerdir.

"Dini ilk kabul eden Muhâcir ve Ensâr ile onlara samimiyetle uyan kimselerden Allah razı olmuştur."[32] ayetinde olduğu gibi Kur'ân-ı Kerîm'de birçok yerde sahâbeden övgüyle bahsedilmiş ve onların dindeki üstün makamlarına işaret edilmiştir.[33] Hz. Peygamber de *"İnsanların en hayırlısı benim aralarında bulunduğum ve içlerindeyken peygamber olarak gönderildiğim topluluk (sahâbe), sonra onları takip eden nesil (tâbiûn), sonra da onların peşinden gelen (tebeu't-tâbiîn) nesildir"*[34] diyerek sahâbenin konumunu pekiştirmiştir.

İmam Ebû Hanîfe, Mâlik b. Enes ve Ahmed b. Hanbel, sahâbî kavlini delil olarak kabul edenler arasındadır. İmam Şâfiî'nin bu noktadaki kanaati çok açık olmamakla beraber onun da bu kaynağı bütünüyle göz ardı etmediği anlaşılmaktadır.

Sahâbe kavli ile ilgili bu genel yaklaşımlar, mezheplerin daha sonraki âlimlerince bazı değişikliklere uğratılmıştır. Bu değişiklikte sahâbînin kendisinin de yanılma ihtimali bulunan bir beşer oluşu, kendilerinden yapılan nakillerin tıpkı hadislerde olduğu gibi sübût sorununa açık oluşu, kendi aralarında derin görüş ayrılıklarının bulunması ve fıkhın genel ilkeleriyle bağdaşmayan sahâbe ictihadlarının mevcudiyeti gibi nedenler etkili olmuşa benzemektedir.

Bu düşünceler ekseninde sahabî kavlinin kaynaklığı konusunda şu üç görüş ortaya çıkmıştır:

a. Sahâbî ictihadı her durumda delil kabul edilir. Hanefîlerin çoğunluğu, Mâlikîler ve Hanbelîler bu görüştedir. Ebû Hanîfe'nin "Sahâbenin ittifak ettiği görüşleri alırız. İhtilaf ettikleri konularda ise içlerinden birisini seçer alırız; onların görüşlerinin dışına çıkmayız" sözü bu tavrın bir göstergesidir.

b. Delil değildir. Sonraki Şâfiîlerin ve Mu'tezilenin çoğunluğu bu görüştedir.

c. Sadece akıl (re'y) ve ictihadla bilinemeyecek konularda delildir. Bazı Hanefî ve bazı Şâfiî bilginler ile sonraki birçok usûlcü bu görüştedir.

İstinbât yani kaynaklardan hüküm çıkarmak, gerçekte birçok delil ve yöntemin bir arada değerlendirilmesini gerekli kıldığından sahâbe yaklaşımlarının da bu sürece dâhil edilmesi herhalde en uygun tercih olacaktır.

---

32 et-Tevbe 9/100.

33 bk. Âlü İmrân 3/110; el-Enfâl 8/64; el-Feth 48/18.

34 Bk. Buhârî, "Fedâilü Ashâbi'n-Nebî", 1; Müslim, "Fedâilü's-Sahâbe", 210-215.

B. Önceki Semâvî Şeriatler (Şer'u Men Kablenâ)

Hüküm çıkarırken başvurulan kaynaklardan birisi, bizden yani İslâm'dan önceki semâvî dinlerin hükümleridir. Her ne kadar tahrîfe uğrayarak özgünlüklerini büyük oranda yitirmişlerse de Kur'ân ile aynı kaynaktan gelmiş olmaları ve içlerinde hâlâ ilâhî mesajdan parçalar taşıyabilecekleri itibariyle önceki kutsal kitaplar ve dinler, müslüman hukukçularca bütünüyle göz ardı edilmemiştir. Fakat bu yaklaşım tarzı, önceki dinlerin hükümlerinin (şeriatının) herhangi bir elemeye tabi tutulmaksızın bütünüyle kabulü biçiminde değerlendirilmemelidir. Zira kural olarak "sonraki şeriat öncekini yürürlükten kaldırmakla" (nesh etmekle) birlikte bazı uygulamalara dokunmayabilir.

Bu bağlamda, önceki semâvî kitaplarda yer alsa da şu iki maddeye giren hükümlerin delil olmadığında görüş birliği vardır:

a. Kur'ân ve Sünnet'te hiç bahsi geçmeyen hükümler ki, bunların muharref olması ihtimali kuvvetlidir. Mesela Tevrat'ın "Birlikte oturan kardeşlerden biri oğlu olmadan ölürse, ölenin dulu aile dışından biriyle evlenmemeli. Ölenin kardeşi dul kalan kadına gidecek. Onu kendine karı olarak alacak"[35] hükmü böyledir.

b. Kur'ân ve Sünnet tarafından neshedilen yani yürürlükten kaldırılıp müslümanlar hakkında geçersiz olduğu açıkça bildirilen hükümler. Mesela tırnaklı hayvanların etleri ile sığırın ve koyunun iç yağlarının yenilememesi[36], ganimetin meşru olmaması ve ibadetin ancak özel mekânlarda eda edilebileceği[37] hükümleri böyledir.

İlk adımdaki bu ikili ayırım dışında, önceki şeriatlerle ilgili şöyle iki ihtimal daha vardır:

a. Önceki dinlere ait olup da müslümanlar hakkında da geçerli olduğu Kur'ân veya Sünnet tarafından bildirilen hükümler. Oruç, kısas, kurban ve erkeklerin sünnet olması örneklerinde[38] olduğu gibi, bunlar yürürlüktedir. Fakat tekrar vurgulanmalıdır ki, bunların yürürlük kaynağı Tevrat veya İncil değil, Kur'ân ve Sünnet'tir.

---

35 Tevrat, *Tesniye* 25/5-10; bk. *Tekvin*, 38/8-10.

36 el-En'âm 6/145-146.

37 Buhârî, "Teyemmüm", 1; İbn Mâce, "Edâhî", 3

38 el-Bakara 2/178-179; 183; el-Mâide 5/45; el-İsrâ 17/33; Buhârî, "Enbiyâ", 8; Müslim, "Fedâil", 151.

b. İslâm'ın iki temel kaynağında zikredilmekle birlikte kabul veya reddine dair bir açıklamanın bulunmadığı hükümler. Kaynaklık özelliği tartışılan *şer'u men kablenâ* (شرع من قبلنا) işte bu son kısımdır.

"Bizden öncekilerin hükümleri, neshedilmediği sürece bizim için de geçerlidir" kuralıyla ifade edildiği üzere Hanefîler, Mâlikîler, Hanbelîler ve sonraki bazı Şâfiîler, bu sınıfa dâhil olan hükümleri delil saymışlardır. Buna karşılık Şâfiîlerin çoğunluğu, Mu'tezile, Zâhirîler ve Şîa bu nevi hükümlerin bağlayıcı olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Kabul eden çoğunluk da esasen bunu bağlayıcı bir delil olarak değil, diğerleriyle birlikte değerlendirilebilecek bir yardımcı kaynak olarak görmüşlerdir. Mesela müessir fiillerde (yaralamalarda) kısasın varlığı, hem ilgili hadislere hem de Kur'ân'ın İsrailoğullarıyla ilgili kabul veya reddetmeksizin verdiği bir bilgiye[39] dayanarak ispatlanmıştır. Müşterek mülkiyete konu olan malın ortaklarca dönüşümlü olarak kullanılacağı (mühâyee) hükmü aynı şekilde ilgili hadisler yanında Hz. Sâlih'in (a.s.) devesi ile toplumu hakkındaki Kur'ân kıssasına[40] göre belirlenmiştir. Keza din ve cinsiyet farkının kısasa engel teşkil etmeyeceği görüşünde olanlar bunu, aslî deliller[41] yanında aynı zamanda İsrailoğullarıyla ilgili Tevrat hükmüne dayandırmışlardır.

C. Örf

Bilinen, tanınan, yadırganmayan; bozulmamış akıl ve tabiat tarafından benimsenen (ma'rûf) olgu anlamındaki örf, daha çok toplumda yerleşmiş davranış şekilleri ve yerleşik dilsel anlatım biçimlerini ifade için kullanılan bir terimdir.

Fıkhın mahiyetini ele aldığımız ilk bahislerde sosyal hayatı düzenleyen kurallardan birisinin de örf-âdet olduğu belirtilmişti. Yazılı olmamakla birlikte toplumun ortak vicdanının ürünü olan ve adaleti gerçekleştirme maksadının bir aracı olarak uygulanagelen örf-âdet kuralları, bu yönüyle bir hukuk normu niteliği de taşırlar. Fakat hemen ifade edilmelidir ki, örf, fıkhın doğrudan ve ilkten kaynakları arasında yer almaz. Bu sebeple klasik fıkıh usûlü eserlerinde ayrı bir başlık altında ele alınmamış; aşağıda geleceği üzere, daha çok istihsân ve istıslâh yöntemleri içinde söz konusu edilmiştir.

---

39 el-Mâide 5/45.

40 el-Kamer 54/28.

41 el-Bakara 2/178-179; el-Mâide 5/45.

Bir davranış şekli ve dilsel ifade biçimi olduğu için örfün hukuktaki rolü daha ziyade şu iki noktada öne çıkar:

a. Nasların ya da kanunların anlaşılmasında veya uygulanması sırasında görülen boşlukların doldurulmasında,

b. İrade açıklanırken, bir diğer söyleyişle sözel bir hukukî işlem tesis edilirken kullanılan kelime, kavram ve ifade biçimlerinin yorumlanmasında.

İlk nokta ile ilgili olarak şu örnekleri verebiliriz:

Sözlükte "eti yenen deve ve koyun gibi evcil, geyik ve ceylan gibi yabani hayvanlarla, üzerinde yük taşınan merkep ve at gibi hayvanlar" anlamına gelen *en'âm* (tekili ne'am) kelimesi[42] kurban kesmekle ilgili el-Hac 22/34 ayetinde, bu kelimenin dilsel kullanım örfüne bağlı kalarak deve, sığır ve davar cinsi olarak anlaşılmıştır. Hz. Peygamber'in sözlerinde geçen "taâm" kelimesi, dönemin örfü gereğince buğday olarak anlaşılmıştır. Yine mesela *"Kadınların, yükümlülükleri kadar meşru hakları vardır."*[43]; *"Onların uygun biçimde yiyeceğini ve giyeceğini sağlamak, çocuğun babasına aittir."*[44] ayetlerindeki "meşru hak" ve "uygun biçim" nitelemelerinin içinin doldurulması örfe (ma'rûf) bırakılmıştır.

Nasların ya da kanunların yorumlanmasında etkili olan örfün, nassın nâzil-vârid olduğu veya kanunun yayımlandığı anda yaşıyor olması şarttır. Dolayısıyla sonradan ortaya çıkıp benimsenen örf (el-urfu't-târi') kendinden önceki metinlerin yorumlanmasında dayanak olamaz.

İkinci noktayı da şu örneklerle somutlaştırabiliriz:

Et yememeye dair yapılan bir yemindeki "et" kelimesi, yemin edenin (hâlif) örfüne göre yorumlanır ve mesela tavuk ve balık eti kapsam dışı tutulabilir. "Arabalarımın yarısını öğrencilere vasiyet ettim" cümlesindeki "araba" ve "öğrenci" kelimeleri vasiyette bulunanın (mûsî) örfüne göre anlaşılır ve mesela otobüs araba kapsamında, açık öğretimde okuyanlar öğrenci kapsamında değerlendirilmeyebilir.

Yukarıdaki rolleri oynayabilmesi için bir başka ifadeyle muteber sayılabilmesi için örfün şu şartları taşıması gereklidir:

---

42 bk. el-Mü'min 40/79.

43 el-Bakara 2/228

44 el-Bakara 2/233.

a. Sahih olmalı yani naslara, şer'î ilke ve delillere aykırı olmamalıdır. Bu özelliği taşımayan bir örfün İslâm toplumlarında yaygınlaşmış olması esasen düşünülemezse de fasit örfe karşı duyarlı olmak için bu şart koşulmuştur.

b. Muttarıd veya gâlip olmalı yani toplumda sürekli bir biçimde veya baskın bir çoğunlukla uygulanıyor olmalıdır. "Âdet ancak muttarid veyahut gâlib olduğunda muteber olur.", "İtibar gâlib-i şâyia olup, nâdire değildir."

c. Mukârin olmalı yani ilgili olduğu işlemin yapıldığı esnada mevcut olmalıdır. İşlemden sonra ortaya çıkan ve bu özelliği sebebiyle târi' ya da müteahhir diye nitelenen örfler değerlendirmeye alınmazlar (lâ 'ibrate bi'l-urfi't-târi').

d. Aksine bir belirleme yapılmamış olmalıdır. Hukukî işlemi tesis edenler, örfün gereğini değil de başka bir durumu benimsediklerini açıkça beyan etmişlerse burada örf dikkate alınmaz. Çünkü açık irade beyanı varken başka bir unsurun delâletine itibar edilmez (lâ 'ibrate li'd-delâleti fî mukâbeleti't-tasrîh; Tasrîh mukabelesinde delâlete itibar yoktur).

İşte bu şartları taşıyan örf, özellikle irade beyanlarının yorumlanmasında ve hâkimin takdir yetkisini kullanmasında etkili olmuştur. Ayrıca ihtilafların çözümünde de hakem rolü oynamıştır. "*Âdet muhakkemdir*", "*Nâsın isti'mali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur*", "*Âdetin delâletiyle mânâ-yı hakîkî terk olunur*", "*Örfen mâ'ruf olan şey, şart kılınmış gibidir*", "*Beyne't-tüccar mâruf olan şey, beynlerinde meşrût gibidir*", "*Örf ile tayin, nas ile tayin gibidir*" şeklindeki genel fıkıh kuralları bu işlevi özetlemektedir.

Örfün değişmesi halinde, fetvaların da değişeceği ve meselelerin artık yeni örfe göre değerlendirileceği, üzerinde ayrıca durulmayacak kadar açık bir husustur. "*Ezmânın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz*" kuralı bu inceliğe işaret etmektedir.

III. Yöntemler

A. Kıyas

Hüküm çıkarım yöntemleri içinde en çok bilinen ve kullanılanı kıyastır. Buradaki kıyastan maksat, önermeler üzerinden sonuca ulaşmak demek olan mantıkî kıyas (analoji) değil; bilinen bir hükmü, illiyet râbıtasına yani gerekçesine bağlı olarak bilinmeyen yeni bir meseleye aktarmak anlamındaki hukukî kıyastır.

Daha açık bir tanımlamayla kıyas, Kitap, Sünnet veya icma ile belirlenmiş bir hükmün aynısını, yeni karşılaşılan ve dolayısıyla hükmü açıklanmamış olan meseleye aralarındaki illet birliği sebebiyle vermektir. Söz gelimi mirasçısını öldüren kâtilin miras alamayacağı Hz. Peygamber (s.a.) tarafından bildirilen bir hükümdür. Bu hükmün illeti, kişinin kendisine menfaat temin edecek bir hukukî sonuca zamanından önce ulaşma niyetiyle bunu sağlayacak yasak bir eylemde (öldürmede) bulunmasıdır. Kendisine mal vasiyetinde bulunan kişiyi (mûsî) öldüren vasiyet lehtarının (mûsâ leh) durumu önceki üç kaynakta belirlenmemiştir. Yakından bakıldığında görülecektir ki, burada da vaktinden önce menfaat elde etme kastıyla cinayet işleme illeti aynen bulunmaktadır. Böyle olunca mirastan mahrumiyet hükmü, vasiyet işlemine de aktarılır ve mûsîsini öldüren mûsâ lehin vasiyetten mahrum olacağı söylenir.

Kıyas yönteminin en temsil edici örneği olan hamrı da burada hatırlayabiliriz. Sarhoş edicilik illeti dolayısıyla Kur'ân ve Sünnet tarafından haram kılınan hamrın hükmü, aynı illeti taşıyan mesela votka, rakı, biraya da kıyas sayesinde intikal etmektedir.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere bir kıyas işleminde dört unsur bulunmaktır:

a. Asıl (الأصل): Kur'ân, Sünnet veya icmada ele alınan meseledir.

b. Aslın hükmü (حكم الأصل): Bu meseleye bağlanan haram, mubah, vacib, fâsid gibi hükümler, bir başka deyimle hukukî değer yargısıdır.

c. Fer' (الفرع): Hükmü daha önce açıklanmamış yeni meseledir.

d. İllet (العلة): Aslın hükmünün öyle olmasını sağlayan somut ve istikrarlı gerekçedir.

Hükmün konuluş amacı yani ulaşmak istediği sonuçlar ve gerçekleştirmek istediği gayeler anlamındaki *hikmet* (الحكمة) çok önemli bir içerik olmakla beraber tespitindeki izafilikler dolayısıyla kıyasta doğrudan bir unsur olarak değerlendirilmemiştir. Hikmet, kendisini de içeren somut, objektif, istikrarlı bir nitelik olan/olması gereken *illet* aracılığıyla devreye alınmıştır.

Hükümlerin gerekçelerini ifade eden illetlerin naslarda genellikle belirtilmemiş olması, bunların müctehidler tarafından belli yöntemlerle (mesâlikü'l-ille) çıkarılmasını gerektirmiştir. Hal böyle olunca aynı hükümler için müctehidlerce farklı illetlerin tespiti bahis konusu olmuştur. İşte hükümlerin, ne kadar uzman

ve profesyonel olursa olsun sonuçta insan olan biri eliyle çıkarılan illetlere bağlanmasını kabul etmeyenler de olmuştur. Başta Zâhirî mezhebi olmak üzere bazı Şîîler, kanun koyucunun iradesini kısıtlamak ve şer'i hükümleri yüzde yüz kesin olmayan çıkarımlara (zanna) tabi kılmak sonucunu doğuracağı iddiasıyla, kıyası bir hüküm çıkarma yolu olarak görmemişlerdir.

Fakat kanun koyucunun, herhangi bir gerekçe olmaksızın hüküm koymayacağı, aksi durumun onun hikmet sahibi olmasıyla bağdaşmayacağı, kendi içinde tutarlılığı olan bir hukuk düzeninin aynı gerekçelere aynı hükmü vermekle sağlanabileceği, yerleşik genel kuralların kuşatıcılık özelliğini taşıması, sınırsız olayları eldeki sınırlı kaynaklarla çözümleyebilmek için aralarında illete bağlı benzerlikler kurarak bilinenden bilinmeyene ulaşmanın en işlevsel hukuk yöntemi oluşu, kıyasın bir yöntem olarak kabulünü gerektirmektedir.

B. İstihsân

Sözlük anlamı itibariyle kişinin bir şeyi iyi ve güzel bulması demek olan istihsân (الاستحسان), bir hüküm çıkarma yöntemi olarak şöyle tanımlanabilir: Yerleşik genel kurala yani kıyasa göre hükme bağlanması halinde hukuk düzeninin istemediği katılıkları ve adaletsizlikleri doğuracak bir sorunun, örf ve maslahat gibi gerekçelerle değerlendirilip Kanun koyucunun hedefleri doğrultusunda hakkâniyet esaslarına göre çözümlenmesidir. Şöyle ki:

Ortada yeni karşılaştığımız bir sorun vardır; bu sorun hakkında tafsîlî bir nas çözümlemesi yoktur; müctehid hüküm verirken bu sorunu içine katabileceği bir kategori, daha teknik terimiyle bir kıyas arar; hüküm üzerindeki müessir vasfıyla yani illetiyle, sebep ve sonuçlarıyla aynı düzlemde bir hükme kıyas imkânı bulursa onu uygular ve çözüme ulaşır. Fakat genel hatlarıyla benzettiği o kategoriye dâhil ettiği takdirde hiç de hakkâniyete sığmayan bir sonuç elde edeceğini fark ederse, bu durumda, o kategorinin dışına çıkar (udûl eder) ve meseleyi örf, maslahat, zaruret, ihtiyaç ya da ihtiyat gibi gerekçelere bağlayarak âdil bir biçimde çözer. İşte bütün bu ameliye, *istihsân* adını taşımaktadır.

Söylediklerimize bir örnekle açıklık getirmeye çalışalım:

Suçsuz bir müslümanı öldürmek, genel hüküm itibariyle haramdır ve çok büyük bir günahtır. Fetih sûresinin 25. ayeti, farkında olmadan müslümanlar da zarar görür ve öldürülebilir endişesiyle içlerinde müslümanların da bulunduğu bir şehre savaşla girmeyi çok ağır bulmuş ve bunun caiz olmadığı yönünde bir genel kural/kıyas koymuştur. Buradan hareketle; düşman, yeryüzündeki

müslümanların sığındığı bir şehri kuşatsa, müslüman esirleri de canlı kalkan olarak (teterrus) kullansa; şehirdeki müslümanların erzakı ile suyu tükense ve hayatta kalmak için düşman kuşatmasını yarmaktan başka seçenek kalmasa, acaba canlı kalkan olarak kullanılan müslümanlara isabet edeceğini bile bile düşmana ateş edilir ve yarma harekâtına girişilebilir mi?

Genel kuralı uygulayacak olsak cevabımız "hayır"dır. Fakat bu cevap, bir adım sonra, hem kalkan olarak kullanılan hem de şehirde muhasara altında bulunan müslümanların bütünüyle ölmesini sonuçlayacak bir hüküm olacaktır. Bunun yanında şehirdeki çoğunluğu kurtarmak ve dolayısıyla Kanun Koyucunun "ölümleri azaltmak" maksadını gözetip "evet" cevabını vermek, 'daha az sayıda müslümanın ölümünü göze alıp çoğunluğu kurtarmak' hedefiyle daha uyumlu olacaktır. İşte bu "evet" cevabını verdiren yöntem istihsandır.

Hz. Peygamber'in teşrî siyasetinde de bu yöntemin izlerini bulmak mümkündür. Mesela bir genel kural olarak o, mevcut olmayan şeyin (ma'dûm) satımını yasaklamışken, ihtiyaç sâikiyle örf haline gelmiş selem/selef akdine[45] onay vermiştir. Söz konusu selem yumuşatması, insanların genel olarak benimsedikleri işlemlerin, kurallarını sağlam tespit etmek kaydıyla genel hükümlerin dışında değerlendirilebileceği ilhamını vermektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken hemen "nassın zâhirine ters düşmemek" diye bir ön şart koşmanın anlamlı olmayacağı açıktır. Çünkü böyle bir vasatta önemli olan, nassın ilgili olduğu hukuk alanının genel tabiatı ve Kanun Koyucu'nun bu nas ile hedeflediği sonucu birlikte düşünerek hakkâniyete bağlı çözüme ulaşmaktır. Bu yol, son derece dikkat isteyen, istihsân karşıtlarının diliyle "telezzüz" yani heva ve hevese göre davranma riski taşıyan ve müctehidi Kanun Koyucu gibi yetkilendiren bir yoldur; ne var ki, Kanun Koyucu'nun muradı ile akl-ı selim sahibi toplumların ihtiyaçlarını da bir noktada buluşturmak mecburiyeti bulunmaktadır.

İşte bu içeriğiyle istihsân daha çok Hanefîler ve Mâlikîler tarafından işletilmiş, Şâfiîler, Zâhirîler ve Ca'ferîler tarafından eleştirilmiştir.

İstihsânı bir hüküm çıkarma yöntemi olarak kabul eden fıkıh usulü âlimleri, bunun bir gerekçeye bağlı olarak yapılmasını öngörmüşlerdir. Literatürde *vechü'l-istihsân* diye adlandırılan istihsân gerekçeleri arasında genellikle nas,

45 Selem; cinsi, türü, miktarı, özellikleri, teslim zamanı belirlenmek şartıyla para peşin, mal veresiye yapılan akittir.

eser, icma, kapalı kıyas (el-kıyasü'l-hafî), örf, maslahat ve zaruret sayılmıştır. Fakat daha dikkatli bir bakış yapıldığında istihsânın son üç gerekçeye yani örf, maslahat ve zarurete bağlı olduğu görülür.

C. İstıslâh/Maslahat-ı Mürsele

Sözlükte düzeltmek, iyileştirmek, maslahatı yani faydalı, uygun ve elverişli olanı araştırmak demek olan istıslâh (الاستصلاح), bu anlamla doğru orantılı bir ıstılah açılımına sahiptir. Buna göre istıslâh, çözümü yukarıdaki kaynaklarda bulunmayan bir meseleyi dinin/hukukun genel ilkelerine ve reddetmediği maslahata göre hükme bağlamaktır.

Tanımın anahtar terimi olan maslahatı daha yakından tanımak yerinde olacaktır. Menfaat, yarar, iyi, elverişlilik ve uygunluk gibi sözlük anlamları bulunan maslahat kelimesinin zıddı, mefsedettir. Fıkıh dilinde maslahat, yararları elde etmek ve mefsedet diye isimlendirilen zararları gidermek anlamını taşımaktadır. Fıkıh bilginleri bu işlevi "celb-i menfaat def-i mefsedet" veya "celb-i maslahat der-i mefsedet" formülüyle ifade etmişlerdir. Şu halde maslahat, menfaati temin edip mefsedeti gideren faydadır.

Kanun Koyucu'nun itibar edip etmemesi açısından maslahatlar üçe ayrılmıştır. Muteber olduğuna dair özel şer'î delil bulunan maslahata *el-maslahatü'l-mu'tebera*, geçerli sayılmadığına dair özel şer'î delil olanlara *el-maslahatü'l-mülğa(t)* veya *el-maslahatü'l-merdûde*, kabul gördüğüne ya da reddedildiğine dair şer'î delil bulunmayanlara *el-maslahatü'l-mürsele* denmektedir.

Söz gelimi hayatın, dinin, neslin, aklın ve malın korunması muteber maslahattır. Zira Kanun Koyucu (Şâri), mesela hayatı korumak için adam öldürme suçuna çok ağır cezalar öngörmüş, aklı korumak için alkollü içecekleri yasaklamış ve içene ceza vermiş, malı korumak için de hırsızlığı ve haksız kazancı yasaklamış ve bunlar için belli yaptırımlar koymuştur.

Yine mesela faiz/ribâ gelirleri, süreyle kayıtlı evlilikler (müt'a nikahı), canını kurtarmak maksadıyla savaştan kaçmak, kişilere birtakım yararlar sağlasa da zarar verici yönü daha baskın olduğu için Şâri bunları maslahat olarak saymamış ve reddetmiştir.

Gerek muteber sayılanlar gerek mülğâ olanlar zaten Şâri tarafından belirlenip hükme bağlandığı için istıslâh yönteminde üçüncü sıradaki mürsel maslahatlar esas alınır. Yarar-zarar oranının tespiti ve buna bağlı olarak dikkate alınıp

alınmamasının tercihi müslümanlara havale edildiği için bunlara "serbest bırakılmış maslahat" da denebilir. İşte müctehidler, hiyerarşik olarak daha üstte bulunan delil ve yöntemlerle çözümünü bulamadıkları meseleleri, gerekçe olmaya elverişli olup genel anlamda menfaati sağlayıp zararı giderecek bir maslahata göre çözümleyebilecektir. Bu çözüm yoluna daha önce de belirtildiği üzere *el-ictihâdü'l-istıslâhî* denmektedir.

Mesela büyük yerleşim yerlerinde Cuma namazına çağrının zamanında duyurulabilmesi için iç ezandan önce ayrı bir ezanın (günümüzdeki ilk ezan) okunması, vurguncuları engellemek için devlete fiyatları belirleme (tes'îr, narh) yetkisinin tanınması, terzi, tamirci gibi zanaatkârların kendilerine emanet edilen mallara zarar gelmesi halinde tazminle sorumlu tutulmaları bu yönteme göre verilmiş hükümlerdir. Örneklerden de sezileceği üzere istıslâhda Kanun Koyucu'nun birçok hükmünün beraberce tahlilinden çıkardığımız bileşke/genel ilkelere göre yani canı, dini, nesli, aklı ve malı koruma odaklı şer'î genel maksatlara göre bir çözümleme faaliyeti yürütülmektedir.

Mâlikîlere özgü olduğu söylense de istıslâh, değişik adlarla diğer mezheplerce de benimsenmiştir. Mesela istihsân çerçevesinde Hanefîler tarafından, geniş anlamdaki kıyas çerçevesinde Şâfiî ve Hanbelîler tarafından devrede tutulmuştur.

Aceleci değerlendirmelere ve istismara açık olduğu için neyin maslahat, neyin mefsedet sayılacağının tespiti ve maslahat-ı mürseleye göre hüküm vermek bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartları sıralayarak konuyu bitirelim:

a. Maslahat kat'î olmalıdır. Yani tahmine ve vehme dayanmamalı; varlığından emin olunmalıdır.

b. Maslahat küllî olmalıdır. Yani kişisel ve özel değil, toplumsal ve genel olmalıdır.

c. Maslahat zarûrî olmalıdır. Yani beş temel değeri korumakla ilgili olup, gereğince hüküm verilmediği zaman büyük sıkıntılar ve yoksunluklar baş göstermelidir.

d. Maslahat makul olmalıdır. Yani akl-ı selîm tarafından onaylanmalıdır.

e. Maslahat şer'î deliller ile çatışmamalıdır.

D. Sedd-i Zerâi‘

Sözlük itibariyle bir sonuca götüren yol, bir şeye sebep olan vesile ve bir şeye ulaştıran vasıta gibi anlamları olan zerî‘a (çoğulu: zerâi‘) fıkıh dilinde mefsedete ve harama götüren yolları ya da sebepleri ifade için kullanılmıştır. Kapamak anlamındaki sed ile birlikte (seddü'z-zerâi‘) kullanıldığında, hemen anlaşılacağı üzere din ve dünya açısından zararlı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olan vesilelerin yasaklanmasını ve harama giden yolların kapatılmasını ifade eder. Bu açıklamalara bağlı olarak sedd-i zerâi‘ (سد الذرائع) terimini şöyle tanımlayabiliriz: Aslında kendi başına mubah olan bir fiilin, dînî-hukûkî açıdan sakıncalı bir sonuca götüreceğinden emin olunması veya bunun kuvvetli bir ihtimal olması halinde yasaklanmasıdır.

Burada, kendi başına düşünüldüğünde meşru olmak ve özü itibariyle mefsedet sayılmamakla birlikte çoğunlukla kötü ve zararlı sonuçlara yol açan vesilelerin yasaklanması söz konusudur. Bu içeriğiyle sedd-i zerâi‘, esasen istıslâhı tamamlamakta ve onun ikinci unsuru olan def-i mefâsid işlevini üstlenmektedir.

Mesela av tüfeği ticareti yapmak kendi başına ele alındığında meşru bir iştir. Fakat anarşi ortamında durum değişir. Av tüfeğinin insan öldürmede kullanılacağı kuvvetle muhtemel hale gelirse satımı yasaklanır. Aynı şekilde üzüm üretimi ve satımı meşrudur. Ama içki üretmek amacıyla üretimi veya içki fabrikasına satımı yasaklanır.

Bir hukuk sisteminin herhangi bir şeyi mefsedet olarak görüp yasakladıktan sonra ona götüren yolları kapayacak tedbirleri almaması düşünülemez. Sedd-i zerâi‘ işte bu tutarlılığı sağlayan bir yöntemdir.

İlkesel olarak bütün mezhepler benimsemekle birlikte sedd-i zerâi‘ Mâlikî ve Hanbelîlerce daha etkin bir biçimde kullanılmıştır. Böyle olduğu içindir ki, kötülüğe götürmesi ihtilaflı olan[46] işlem veya davranışlar Hanefî ve Şâfiîlerce yasaklanmazken Mâlikî ve Hanbelîler tarafından bu yönteme bağlı kalınarak engellenmiştir. Mesela bir malın vadeli olarak satılıp sonra satıcı tarafından aynı kişiden daha düşük fiyatla peşin olarak alınması işlemi (bey'u'l-îne) örtülü de olsa faiz alıp vermeye vesile olduğundan bu iki mezhep tarafından bâtıl sayılmıştır. Hanefî ve Şâfiîler ise satım akdinin somut yönüne ve akdin gerçekleşmesi

---

46 Kötülüğe götürme ihtimali nâdir olanlar ittifakla yasaklanmazken, gâlip olanlar da ittifakla yasaklanır. Buradaki "ihtilaflı kötülük" ise bu ikisinin arasında kalıp da fakihlerin başka bazı gerekçelerle beraber "mefsedet" niteliği üzerinde ittifak edemedikleri kötülüktür.

(in'ikâd) için gerekli olan şartların görünürdeki mevcudiyetine binaen bu işlemi son tahlilde geçerli saymışlardır. Keza anlaşmalı hulle nikâhının geçerli olup olmaması, ölüm hastalığı sırasında meydana gelen bâin talâkın mirasçılığa engel olup olmaması konularındaki görüş ayrılığı da örnek olarak hatırlanabilir.

E. İstıshâb

Şer'î hükmü belirlemede başvurulan kaynak ve yöntemlerin, daha kısa söylemiyle delillerin sonuncusu istıshâbtır. Sözlükte birlikte olup ayrılmamak, uzun süreli beraberlik anlamlarına gelen istıshâb (الاستصحاب) bir fıkıh terimi olarak şöyle tanımlanmıştır: Daha önce varlığı bilinen bir durumun, değiştiğini gösteren bir delil bulunmadıkça hâlen devam ettiğine; aynı şekilde daha önce var olmadığı bilinen bir durumun sonradan meydana geldiğine dair bir delil bulunmadıkça hâlen yokluğuna hükmetmektir. Önceki halin/durumun korunduğunu gösterdiği için bu yöntem *istıshabu'l-hâl* diye de anılır.

Aynı ilke, aksine bir delil bulunmadığı sürece serbestlik, helallik ve yükümsüzlüğe hükmedileceğini de gerektirir.

Söz gelimi kişilerde esas olan nitelik borçsuz ve suçsuz olmaktır. Çünkü dünyaya borçsuz ve suçsuz olarak geliriz. Dolayısıyla borç veya suç ancak yeni bir delil ile ispatlanabilirse söz konusu olur; aksi durumda ilk hâlin devamlılığı ilkesince borçsuzluk ve suçsuzluk hükmü devam eder. Yine evli olduğu bilinen bir kimsenin, aksi durum yeni bir delille ispatlanmadığı sürece hâlen evli olduğuna hükmedilir. Aynı şekilde haram olduğuna dair bir delil ortaya çıkmadıkça eşyanın, ilkesel olarak mubah/helâl olduğu söylenir.

Dikkat edilirse istıshâbın yeni bir hüküm koymadığı, daha önce var olduğu bilinen hükümleri veya nitelikleri koruduğu görülecektir. Fıkıh bilginlerinin "İstıshâb, var olanı olduğu hâl üzere ibkâdır" (إبقاء ما كان على ما كان) şeklindeki tanımı veya Mecelle'nin diliyle "*Bir şeyin bulunduğu hâl üzre kalması asıldır*" ile "*Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur*" ilkeleri, istıshâbın bu özelliğine parmak basar.

Ayrıntılarına inildiğinde başka çeşitleri olmakla birlikte istıshâb genellikle üç alt türe ayrılır:

a. Berâet-i asliyye istıshâbı: Masumiyet karinesi olarak da nitelendirilen bu türüne göre delil bulunmadığı sürece kişinin suçsuzluğuna ve sorumluluğunun bulunmadığına hükmedilir. "*Berâet-i zimmet asıldır*" kuralı bu durumu özetler.

b. İbâha-i asliyye istıshâbı: Yasaklayıcı bir delil bulunmadıkça bir şeyden faydalanmanın veya bir davranışta bulunmanın mubah olduğuna hükmedilmesidir. "*Eşyada asıl olan ibâhadır*" kuralı bu durumu özetler. Fıkıh âlimleri bu geniş çerçeveyi "*Cinsellikte asıl olan haramlıktır*" ilkesiyle kayıtlamışlardır. Yani cinsellik dışındaki bütün konularda genel ilke mubahlık ve serbestlik iken cinsellikte, haramlık ve yasaklıktır.

c. Şer'î hüküm/vasıf istıshâbı: Sâbit ve var olan bir şer'î hükmün, değiştiğini gösteren bir delil ortaya çıkmadığı sürece hâlen devam ediyor olduğuna hükmedilmesidir. Sahip olunan bir malın elden çıktığını gösteren bir delil bulunmadıkça ne kadar uzun süre geçerse geçsin mülkiyetinin hâlen devamlılığına; abdesti bozan bir durum meydana gelmediği sürece abdestlilik hâlinin devamlılığına hükmedilmesi gibi. Yukarıda yer verilen "*Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır*", "*Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur*" ile "*Şek ile yakîn zâil olmaz*" kâideleri, vasıf istıshâbını özetlemektedir.

IV. İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliyye)

İslâm hukukunun temel ilkelerini yansıtan ve hemen her alanında uygulanabilen veciz hukuk kurallarına "fıkhın genel ilkeleri" anlamında *el-kavâidü'l-külliyyetü'l-fıkhiyye* adı verilmektedir. Fıkhî hükümlerin maksat ve esasını yansıtan bu kaideler, birbirine benzer ve bir tek kıyas altında toplanabilen hükümlerin bütününden çıkarılmış ortak noktalardır.

Mesela bir kimse, evinin atık suyunu yoldan geçenlere zarar verecek şekilde akıtamaz. Ağacının dalları komşusuna zarar verir hale geldiğinde onları keser. Dükkân sahibi, yayalara zarar verecek şekilde kaldırımı işgal edemez. Karaborsacılık yaparak mal stoklayan kimsenin malları hâkim kararıyla satılır. Yangının daha fazla yayılmasına engel olmak için, yangın mahalline bitişik binalar yıkılabilir. Tümevarım yoluyla anlaşılmaktadır ki, farklı alanlara ait bu hükümlerin ortak noktası, karmaşık ve çok boyutlu sosyal ilişkiler ağında kişilere ve topluma zarar vermemenin ve eğer verilmişse bunu gidermenin sağlanmasıdır. İşte bu ortak amaç ve temel yaklaşım, hukukun her sahasında geçerli olacak tarzda "*Zarar izâle olunur*", "*Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyâr olunur*" şeklinde birer fıkıh kaidesine dönüştürülmüştür.

Hukukî meselelerin çözüme kavuşturulmasındaki temel tavrı göstermeleri ve fıkhın özünü yansıtmaları sebebiyle söz konusu küllî kaideler "yeri geldiğinde" kaynaklık görevini de üstlenebilirler.

Hukukî tefekkürün temel elemanlarını oluşturan veciz fıkıh kaideleri; soyut, genel, sürekli ve objektif bir karakter arz eder. Soyutluktan maksat, kaidelerin belli bir olaya değil, aynı kategoriye giren bütün olaylara uygulanması; genellikten maksat ise aynı durumdaki herkese uygulanmasıdır. Aynı şekilde, sayısı belirsiz ve gelecekte meydana gelmesi muhtemel olayların hepsine uygulanabilmesi fıkıh kaidelerinin sürekliliğini; belli kişi ya da kesimler için değil, hukukun muhatabı olabilecek herkes için öngörülmesi de objektifliğini göstermektedir

Pek çok hükmü bir araya toplayan genel fıkıh kaideleri, hukukî nasların delaletlerinden[47], usûl-i fıkıh prensiplerinden[48], gramer kurallarından[49], benzer hükümler arasındaki ortak illetlerden[50], kanun koyucunun gerçekleşmesini hedeflediği maksatlardan[51] ve akıl kurallarından[52] istifadeyle tespit edilmiştir.

Belli başlı küllî fıkıh kaidelerini tanıtmadan önce, kaynak oluşlarıyla ilgili olarak yukarıda dikkat çektiğimiz "yeri geldiğinde" kaydını açıklamakta fayda vardır.

Ne kadar kuşatıcı ve müsellem (aksiyomatik) olursa olsun bu kuralların da istisnaları olabileceği düşüncesiyle küllî kaideler, hukukî meselenin ilkten ve doğrudan çözüm kaynağı sayılmazlar. Söz konusu kaidelerin 99 tanesine mânidar bir biçimde hemen mukaddimesinde yer veren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye "*Hukkâm-ı şer', bir nakl-i sarîh bulmadıkça yalnız bunlarla hükmedemez*" diyerek bu hususa vurgu yapmıştır. Şu halde bir hukukî problemi çözümlemeye, daha açık bir ifadeyle bir konunun hükmünü tespite çalışan fakih, öncelikle o

---

47 Mesela el-Bakara 2/228, en-Nisâ 4/19 ayetlerinin delaletinden çıkarılan "*Âdet hakem kılınır*"; el-Bakara 2/285, en-Nisâ 4/28, el-A'râf 7/157 vb. ayetlerin delaletinden çıkarılan "*Meşakkat kolaylığı getirir*"; Niyet Hadisi'nin delaletinden çıkarılan "*Bir işten maksat ne ise hüküm de ona göredir*" gibi kaideler.

48 Mesela "*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması esastır*"; "*Kıyasa aykırı olarak sabit olan hüküm, emsal teşkil etmez*"; "*Örfün belirli hale getirdiği bir şey şart koşulmuş sayılır*" gibi kaideler.

49 Mesela "*vav harfi mutlak cem/sadece bir arada olmak anlamındadır*" kaidesi gibi.

50 Mesela "*Bir şeyin ruknü ortadan kalkınca kendisi de kalkar*"; "*Şer'î/hukukî cevaz, tazminat sorumluluğunu kaldırır*"; "*Kişi ikrarıyla ilzâm edilir*" gibi kaideler.

51 Mesela "*Zarar giderilir*"; "*İki kötü arasında kalındığında ehveni tercih edilir*"; "*Zaruretler yasakları mubah hale getirir*" gibi kaideler.

52 Mesela "*Bir şey için sabit olan, o şeyin benzeri için de aklen sabit olur*"; "*Bir şeye malik olan kimse o şeyin mutlak gereklerinden olan şeye de sahip olur*"; "*Asıl sâkıt olunca fer de sâkıt olur*" gibi kaideler.

konuya uygulayacağı özel/tafsîlî bir delil olup olmadığını araştıracaktır. Bulabilirse bu delile göre, bulamazsa yukarıda sıralanan diğer delil ve yöntemlere göre hükme ulaşmaya çalışacaktır. Bütün bu uğraşılardan sonra konuyla ilgili herhangi bir delil bulamazsa o takdirde bu konuyu kapsamına alabilecek bir küllî fıkıh kaidesine dayanarak hüküm verecektir. Bu son durumda her ne kadar zanna dayanılıyorsa da yakînî bilgiye ulaşılamayan durumlarda zann-ı gâlibe göre hüküm vermekten başka bir yol yoktur. Aksi halde tevakkuf etmek gerekecektir ki, bu da konunun o anda çözümsüz bırakılması anlamına gelir.

Ebû Hanîfe'ye atfedilen şu çözümleme, söylediklerimize açıklık getirmesi açısından güzel bir örnektir: Oruçlu olduğunu unutarak yiyen-içen bir kimse hakkında, orucunun bozulmayacağını bildiren Ebû Hanîfe "Bu konuda rivayet/tafsîlî delil olmasaydı genel kurala göre hükmeder ve orucun bozulduğunu söylerdim" demektedir. Burada işaret ettiği genel kural "*Bir şeyin rüknü ortadan kalkınca kendisi de ortadan kalkar*" biçiminde formülleştirilen kuraldır. Buna göre orucun rüknü olan yeme-içme ve cinsel ilişkiden uzak kalma (imsâk) ortadan kalkınca orucun da bozulması gerekecektir. Fakat konuyla ilgili özel rivayet[53], imsâkı unutarak zedeleyenin kapsam dışında kaldığını, dolayısıyla genel kuralın bu olaya uygulanamayacağını (ma'dûlün bih ani'l-kıyas) göstermektedir.

Genel fıkıh kaideleri, konuyla ilgilenen âlimler tarafından temel fıkıh kaideleri ve diğerleri tarzında iki gruba ayrılarak incelenmiştir:

A. Temel Fıkıh Kaideleri

Bunlar hiçbir zaman vazgeçilmeyen, hukukun müsellemâtından (axıom) olup bütününe yansıyan ve hemen hiç istisnası bulunmayan ana kaidelerdir ki, bazı müellifler bunları "*el-Kavâidü'l-Külliyyetü'l-Kübrâ*" ismiyle anarlar.

"*Bir işten maksat ne ise hüküm de ona göredir*", "*Şek ile yakîn zâil olmaz*", "*Zarar izâle olunur*", "*Meşakkat teysîri celbeder*" ve "*Âdet muhakkemdir*" kâideleri böyledir. Bu beş kâide ile beraber Hanefîlerin bunlara eklediği "*Niyet bulunmadıkça sevap da alınmaz*" kâidesi, İslâm hukukunun özeti sayılmış ve biraz zorlamayla da olsa bütün meselelerin bunların etrafında döndüğü söylenmiştir.

Şimdi bu temel kaideleri kısaca açıklayalım:

53 Buhârî, "Savm", 26; Tirmizî, "Savm", 261.

*** Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir.** (الأمور بمقاصدها)

Bu kaide özellikle amellerin niyetlere göre değerlendirileceğini bildiren hadis-i şeriften elde edilmiştir. Hukuku ilgilendiren eylem ve işlemler, bunların arkasında yatan maksat ve niyetlere göre değerlendirilir. Söz gelimi yitik bir eşyayı (lukata), sahibini bulup vermek üzere alan kimse, o eşyanın elindeyken helak olması halinde tazminle sorumlu değilken, sahiplenmek niyetiyle alan kimse tazminle sorumludur.

Şekil şartlarına nispetle iç iradenin ve niyetin daha önemli olduğunu ortaya koyan bu kaide fıkıhta şekilci bir anlayışın benimsenmediğine de göndermede bulunmaktadır. Nitekim sözleşmelerde önemli olanın kullanılan sözler, yazılar ve şekilsel kalıplar değil amaç ve içerik olduğunu dile getiren şu kural da aynı noktaya ışık tutar: "*Ukûdda itibar makâsıd ve meâniyedir, elfâz ve mebânîye değildir.*"

*** Şek ile yakîn zâil olmaz** (اليقين لا يزول بالشك)

Daha önce varlığı kesin olarak bilinen durum veya hüküm, sırf şüpheye dayanarak ortadan kalkmaz. Yukarıda istıshâb yöntemi anlatılırken örnekleri de verildiği için burada sadece ilgili diğer kuralları hatırlatacağız:

"*Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır*".

"*Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur*".

"*Kadîm kıdemi üzre terk olunur*" yani eskiden beri devam ede gelen şeyler bulunduğu gibi bırakılır.

"*Zarar kadîm olmaz*" yani zararın veya zarar kaynağının kıdemine itibar edilmez, her hâlükârda giderilir.

"*Berâet-i zimmet asıldır*".

"*Eşyada asıl olan ibâhadır*".

"*Sıfat-ı ârızada asıl olan ademdir*" yani sonradan meydana gelebilecek niteliklerde temel ilke, önceden bulunmamasıdır.

"*Bir emr-i hâdisin akreb-i evkâtına izâfesi asıldır*" yani sonradan meydana gelen bir olay, en yakın zamana nispet edilir.

"*Kelâmda asıl olan mânâ-yı hakîkîdir*" yani söz, öncelikle gerçek/sözlük manasında anlaşılır, mecâz anlamında değil.

*** Meşakkat teysîri celbeder** (المشقة تجلب التيسير)

Şer'an kabul edilen zorluklar, hükümlerde hafifletmeyi beraberinde getirir. Bir meşakkatin yükümlülükleri hafifletici sebep olarak kabul edilebilmesi için normal zamanlarda karşılaşılan meşakkatlerden farklı ve fazla olması gerekmektedir. Mesela soğuk günlerde abdest almak, sıcak ve uzun günlerde oruç tutmak meşakkatli geliyor diye hafifletmeye gidilmez. Çünkü bunlar zaten tahammül edilebilir zorluklardır. Ama mesela hastalar ve yolcular için kimi hükümlerde bazı hafifletmeler yapılabilir.

Şu kurallar da bu ilkeyle[54] yakından ilgilidir:

"Bir iş dîk oldukta müttesi' olur" yani güçlük ve darlık baş gösterdiğinde genişletici ve rahatlatıcı çözümler devreye girer.

"Zaruretler memnû olan şeyleri mubah kılar" yani olağanüstü zorunluluk, darlık ve sıkıntılar haramları mubah hale getirir.

"Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur" yani zorunluluklar ve çaresizlikler ancak kendi sınırları içinde değerlendirilirler. Dolayısıyla zaruret gerekçesiyle cevaz verilen şey ancak bu zarureti giderecek kadar kullanılır ve zaruret halinin bitimiyle cevaz hükmü de sona erer. Nitekim *"Bir özr için câiz olan şey ol özrün zevâliyle bâtıl olur"*.

"Mâni zâil oldukda memnû avdet eder" yani engel ortadan kalkınca engellenen veya yasaklanan şey geri gelir.

"Izdırâr gayrın hakkını ibtal etmez" yani zorda kalmak başkasının hakkını ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla mecburiyet altında zarûreten çiğnenen kişisel haklar sonra tazmin edilir.

*** Zarar izâle olunur** (الضرر يزال)

Öncelikle asıl olan ilke, zarar vermemektir. Zira *"Zarar ve mukâbele bi'z-zarar yoktur"*. Fakat çok boyutlu sosyal ve hukukî ilişkiler dolayısıyla taraflardan birisi diğerine bilerek-bilmeyerek zarar vermiş olabilir. İşte bu durumda verilen zararın giderilmesi gerekir. Şu genel kurallar da bu kâideden çıkarılmıştır:

"Zarar bi kaderi'l-imkân def olunur" yani verilen bir zarar, imkânlar ölçüsünde giderilir. Meselâ gasp edilen mal tüketilmiş ise artık benzeri veya bedeliyle ödetilir, eve zarar veren kiracı hâkim kararıyla tahliye edilir.

54 Süyûtî ve İbn Nüceym gibi bazı müellifler, burada yer vereceğimiz zaruret ile ilgili kuralları bir sonraki *"Zarar izâle olunur"* kâidesi altında ele almışlardır.

"Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz";

"Zarar-ı eşed, zarar-ı ehaf ile izâle olunur". Bir zarar, benzeriyle değil; daha hafif bir zararla giderilir.

"Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyâr olunur". Genelin zarar görmemesi için bazı kişilerin zarar görmesine tahammül edilir. Bir başka ifadeyle kamu yararı kişisel yarara öncelenir. Mesela mesleğinde yeterli olmayan doktorun çalışma izni iptal edilir; reşîd olmayan kişi mâlî tasarrufları açısından kısıtlanır.

"Ehven-i şerrayn ihtiyâr olunur". İki kötü arasında tercihte bulunmak mecburiyeti doğduğunda daha az kötü olan tercih edilir, mesela anneyi kurtarabilmek için cenin feda edilir. Aynı anlamda:

"İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır".

"Def-i mefâsid celb-i menâfîden evlâdır". Kötülüklerden ve zarar verici unsurlardan kurtulmak, yarar sağlamaktan önce gelir.

"Hâcet umumi olsun hususi olsun zarûret menzilesine tenzîl olunur" yani genel de olsa özel de olsa ihtiyaç, tıpkı zaruret gibi değerlendirilir. Özel ihtiyaçtan kasıt, bireysel ihtiyaçlar değil bir meslek grubunu veya bir bölgeyi ilgilendiren ihtiyaçlardır.

*** Âdet muhakkemdir (العادة محكمة)**

Taraflar arasında bir anlaşmazlık çıktığında veya bir sözleşmenin tefsirinde ya da bir metnin anlaşılmasında örf ve âdetin hakemliğine başvurulur. Daha önce Örf delilini tanıtırken de yer verilen bu kaidenin çatısı altında şu ilkeler yer almaktadır:

"Ezmânın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz". Bazen yanlış anlaşılan bu kuralın açıklaması Örf delili anlatılırken yapılmıştı.

"Nâsın isti'mâli bir huccettir ki, onunla amel vacip olur".

"Âdet ancak muttarıd yahut gâlib oldukta muteber olur".

"İtibar gâlib-i şâyi'adır, nâdire değildir". Nâdir olana değil, yaygın ve baskın olana bakılır.

"Örfen ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir".

"Örf ile ta'yin nas ile ta'yin gibidir".

"Âdetin delâletiyle ma'nâ-yı hakîkî terk olunur".

"Âdeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir". Normal şartlarda ve âdet gereği mümkün olmayan ve varlığı düşünülemeyen şey gerçekten yok hükmündedir.

B. Diğer Kâideler

Bu beş ana kâide ve türevleri yanında, fakihler tarafından ince bir işçilikle veciz ifade kalıbına sokulan başka genel kurallar da vardır. Yeri gelmişken bunların önemli sayılanlarını tanımakta fayda olacaktır:

"Tasrîh mukâbelesinde delâlete i'tibar yoktur". Sözle açıkça belirlemenin yapıldığı yerde, sözden veya fiilden başka anlamlar çıkarılamaz.

"Mevrid-i nasda ictihada mesâğ yoktur". Hakkında ayet veya hadis bulunan konu ictihada kapalıdır. Olsa olsa o ayet veya hadisin anlaşılması yönünde ictihad (beyân ictihadı) yapılabilir.

"Alâ-hılâfi'l-kıyas sâbit olan şey sâire makîsün aleyh olmaz". Kural dışı/istisnaî olarak konulan bir hüküm başka meselelere dayanak olmaz.

"İctihad ictihad ile nakzolunmaz". Bir ictihad, başka bir ictihadla bozulmaz ve çürütülmez.

"Alması memnû' olan şeyin vermesi dahi memnû' olur" .

"İşlenmesi memnû' olan şeyin istenmesi dahi memnû' olur".

"Mâni' ve muktazî teâruz ettikde mâni' takdim olunur". Engelleyici delil ile gerektirici delil karşı karşıya gelirse engelleyici olana öncelik tanınır.

"Helal ile haram birleştiklerinde haram hükmü gâlip gelir".

"Vücudda bir şeye tâbi' olan hükümde dahi ona tâbi' olur".

"Tâbi' olan şeye ayrıca hüküm verilmez".

"Bir şeye mâlik olan kimse ol şeyin zarûriyyâtından olan şeye dahi mâlik olur".

"Asıl sâkıt oldukda fer' dahi sâkıt olur".

"Sâkıt olan şey avdet etmez". Ortadan kalkan şey geri gelmez.

"Bir şey bâtıl oldukda onun zımnındaki şey dahi bâtıl olur".

"*İbtidâen tecvîz olunamayan şey bekâen tecvîz olunabilir*". Başlangıçta cevaz verilmeyen bir şeye sonradan verilebilir.

"*Bekâ ibtidâdan esheldir*". Bir şeyin devam etmesi ilk defa meydana gelmesine göre daha kolaydır; işlemi geçerli sayarak sürdürmek geçersiz saymaktan daha iyidir.

"*Raiyye yani tebe'a üzerine tasarruf maslahata menûtdur*". Yönetimdeki temel ilke kamu yararıdır.

"*Velâyet-i hâssa velâyet-i âmmeden akvâdır*". Özel yönetim ve temsil yetkisi, genel olanından daha güçlüdür.

"*Kelâmın i'mâli ihmâlinden evlâdır*". Kelimelere bir anlam verip uygulamak, anlamsız sayıp terk etmekten iyidir.

"*Mutlak ıtlâkı üzere câri olur.*" Kayıtlanmamış söz geneldir.

"*Sâkite bir söz isnâd olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyandır*". Susan kimseye bir beyanda bulunduğu söylenemez; fakat konuşması gereken yerde susmak, itiraf ve beyan sayılır.

"*Mükâtebe muhâtaba gibidir*". Yazışmak karşılıklı konuşmak gibidir.

"*Hatâsı zâhir olan zanna itibar yoktur*".

"*Bi kaderi'l-imkân şarta mürâat olunmak lâzım gelir*". Elden geldiğince şartlara uymak gerekir.

"*Bir şeyin nef'i damânı mukâbelesindedir*". Bir şeyin hasarı kime aitse yararı da onadır.

"*Mazarrat menfaat mukâbelesindedir*". Bir şeyden yararlanan onun zararını da üstlenir.

"*Külfet nimete ve nimet külfete göredir*".

"*Cevâz-ı şer'î, damâna münâfi olur*". Hukuka uygunluk tazmin sorumluluğunu kaldırır.

"*Hayvânâtın kendiliğinden olarak cinâyet ve mazarratı hederdir*". Hayvanların kendi başlarına verdikleri zararlardan sahipleri sorumlu değildir.

"*Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti'câl eyler ise mahrumiyetle mu'âteb olur*". Bir şeyi vaktinden önce gerçekleştirmek isteyen kişi o şeyden mahrum olur.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Apaydın, H. Yunus, "İslâm Hukukunun Kaynakları", *İslâm Hukukuna Giriş*, (ed. H. Y. Apaydın), Eskişehir 2010, ss. 70-95.

Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 2006.

Aybakan, Bilal, *Fıkıh İlminin Oluşum Sürecinde İcmâ*, İstanbul 2003.

Baktır, Mustafa, *İslâm Hukukunda Küllî Kaideler*, (doçentlik tezi, 1988) Erzurum.

Berki, Ali Himmet (ö. 1976), *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara 1948.

Demir, Abdullah, *Mecelle ve Küllî Kâideler*, İstanbul 2011.

Dönmez, İbrahim Kafi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları* (doktora tezi 1981), Atatürk Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi.

Duman, Soner, *Şâfiî'nin Kıyas Anlayışı*, İstanbul 2009.

Ebû Zehra, Muhammed (ö. 1974), *Usûlü'l-fıkh*, Kahire 1974; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuku Metodolojisi: Fıkıh Usûlü* (çev. A. Şener), Ankara 2005.

Erdoğan, Mehmet, *Akıl-Vahiy Dengesi Açısından Sünnet*, İstanbul 1995.

Ergüney, Hilmi, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Küllî Kaideleri*, İstanbul 1965.

Gazzâlî (ö. 505/1111), *el-Mustasfâ*, Beyrut 1993; Türkçe yayımı: *Mustasfa: İslâm Hukuk Metodolojisi* (çev. Y. Apaydın), İstanbul 2006.

Hanbelî, Şâkir, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Mekke 2002; Türkçe yayımı: *Fıkıh Usûlü* (çev. M. Yıldırım), İzmir 2010.

Hassan, Ahmed, *İslâm Hukukunun Doğuşu ve Gelişimi: Usûl-i Fıkıh İlminin Doğuşu ve Gelişimi* (çev. A. H. Çavuşoğlu-H. Esen), İstanbul 1999.

Kahraman, Abdullah, *Fıkıh Usulü: Giriş-Deliller-Hükümler-Hüküm Çıkarma Yöntemleri*, İstanbul 2010.

Kızılkaya, Necmeddin, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kaideler*, İstanbul 2013.

Koçkuzu, Ali Osman, *Rivayet İlimlerinde Haber-i Vahitlerin İtikat ve Teşri Yönlerinden Değeri*, Ankara 1988.

Köksal, Cüneyt, *Fıkıh Usûlünün Mahiyeti ve Gayesi*, İstanbul 2008.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, (haz.Ali H. Berki), İstanbul 1978.

Öğüt, Salim (ö. 2012), *Dinî Hükümlerin Temellendirilmesinde Hikmet*, Ankara 2009.

Şa'bân, Zekiyyüddin, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1983; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuk İlminin Esasları: Usûlü'l-Fıkh*, (çev. İ. K. Dönmez), Ankara 1999.

Şâfiî (ö. 204/820), *er-Risâle* (nşr. A.M. Şakir), Kahire 1979; Türkçe yayımı: *er-Risale: İslâm Hukukunun Kaynakları* (çev. A. Şener-İ. Çalışkan), Ankara 1996.

Şener, Abdülkadir, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas İstihsan ve İstislah*, Ankara 1981.

Şener, Mehmet, *İslâm Hukukunda Örf*, İzmir 1987.

Topal, Şevket, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi*, Van 2007.

Yaman, Ahmet (ed.), *Makâsıd ve İctihad: İslâm Hukuk Felsefesi Araştırmaları*, İstanbul 2010.

__________, "Bir Kavram Olarak 'Fıkıh Kaideleri' ya da İslâm Hukukunun Genel İlkeleri", *marife bilimsel birikim*, yıl:1, sy:1 (2001), ss. 49-75.

Yıldırım, Mustafa, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri*, İzmir 2001.

Zerka, Mustafa (ö. 1999), *el-Fıkhu'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedîd: el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-âm I-III*, Dımaşk 1967; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuku: Çağdaş Yaklaşımla: İslâm Hukukuna Genel Giriş* (çev. S. Armağan), İstanbul 1993.

Zeydân, Abdulkerim, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkh*, Beyrut 1987; Türkçe yayımı: *Fıkıh Usûlü* (çev. R. Özcan), İstanbul 1993.

İSLÂM HUKUKUNUN TARİHÎ GELİŞİMİ

İslâm hukuku, itikâdî ve ahlâkî temelleriyle Mekke döneminde doğmuş, Medine döneminde somut hukuk kurallarının inmesi ve Hz. Peygamber'in (s.a.) bunları açıklamasıyla ana çerçevesine kavuşmuş ve takip eden dönemlerin çalışmalarıyla gelişmiştir. İslâm hukukunun oluşum ve gelişimini tarihî süreç içinde incelemeyi amaçlayan yazarlar, bunu ya nesiller ve fıkhın iç dinamiklerinin gelişimi ya da bunlar üzerinde etkili olduğunu düşündükleri siyasî tarih ve devletler üzerinden yapa gelmişlerdir.

Hz. Peygamber, Hulefâ-yı Râşidîn, Emevîler, Abbâsîler, Moğol istilası, Selçuklular, Mecelle ve sonrası şeklinde sıralanan ikinci tercihin çok açıklayıcı olmadığı düşüncesiyle biz, fıkhın tarihî gelişimini takip için ilk bakış açısını yani nesilleri ve fıkhın iç gelişimini merkeze alan tarihlendirmeyi benimseyeceğiz.

I. Hz. Peygamber Dönemi (610-632)

En başta gelen özelliği ilâhî vahye dayanması ve bir peygamber eliyle çerçevesinin çizilmesi olduğundan İslâm hukukunun en önemli devresi, Asr-ı Saadet olarak da nitelendirilen Resûl-i Ekrem (s.a.) dönemidir. Bu dönem kendi içinde Mekke ve Medine dönemlerine ayrılır.

610 yılında ilk vahyin gelmesiyle başlayan Mekke dönemi, Hz. Peygamber'in Medine'ye hicret ettiği 622 yılına kadar uzanır. 13 yıla yakın süren bu dönemde fıkıh düşüncesinin temelini oluşturan akâid ve ahlâk ilkeleri yerleştirilmiş, hukuk kurallarının kolaylıkla benimsenip uygulanacağı zemin hazırlanmıştır. Beş vakit namaz, genel hatlarıyla abdest ve gusül, miktar ve zaman belirlemesine gidilmeksizin infak/sadaka bu devrede farz kılınmıştır. Keza usûlüne uygun olmayacak şekilde öldürülmüş veya kendiliğinden ölmüş olan hayvanın (meyte), hayvanı keserken akan kanın, domuzun, Allah'tan başkası adına kesilen ya da üzerine Allah'ın adı anılmadan kesilen hayvan etlerinin yenmesinin haram olduğu hükmü bu dönemde gelmiştir.

Bütün hukukî eylem ve işlemlerin ortak maksadını teşkil eden adalet, dayanışma, yardımlaşma, diğerkâmlık, sözleşmelere sadakat (ahde vefa), iyilik, sabır, kötülüğü en güzel biçimde giderme gibi erdemler ile karşıtı olan haksızlık, fuhuş, kötülük, taşkınlık, ölçü ve tartıda hile, bilgisizce hüküm verme, fitne çıkarma, haksız yere cana kıyma vb. yasaklar Mekke döneminde sevk edilmiştir.

Böylece temelleri atılan İslâm hukuku, Medine döneminde esas oluşumunu tamamlamış ve genel çerçevesine kavuşmuştur. Hicreti takip eden aylarda Hz. Peygamber'in Medine şehrinin sâkinleriyle yaptığı ve tarihin, ilk yazılı anayasa olarak kaydettiği anlaşma ile toplumsal ve siyasal bir kimliğe, dolayısıyla devlete sahip olunmuştu. Artık müslüman bireyin ve toplumun hem maddî hem de manevî açılardan inşası için yaptırımı olan şer'î-amelî yani dinî-hukukî düzenlemeler hikmetli bir sıralamayla gündeme gelecekti. Bu bağlamda mesela hicretin ilk yılında ezan, nikâh, dinî-insanî değerler uğruna cihad; ikinci yılda zekât, oruç, fıtır sadakası, kurban, ganimetlerin taksim esasları; üçüncü yılda miras, evliliğin sona ermesine ilişkin hükümler; dördüncü yılda örtünme, zina ve zina iftirası suçlarının cezaları ile ilgili hükümler belirlenmişti. Hz. Peygamber'in 632 yılında vefatına kadar yasama faaliyeti artarak devam etmiş ve nihayet Veda Haccı sırasında indiği söylenen "*Bugün sizin için dininizi en mükemmel şekle getirdim, üzerinize olan nimetimi tamamladım ve size din olarak İslâm'ı seçtim*" ayetiyle[55] çerçeve tamamlanmıştı.

Bu dönemdeki hüküm kaynakları, tahmin edileceği üzere Kitap, Sünnet ve ictihaddan ibaretti. Buradaki ictihad, hem Hz. Peygamber'in vahiy gelmeyen konularda kendi öznel tecrübesine dayanarak görüş serdetmesi, hem de yetişmiş fakih sahâbîlerin Hz. Peygamber'den uzakta olduklarında aynı yolla hüküm vermelerini ifade etmektedir.

Her ne kadar Hz. Peygamber'in vahye mazhar oluşu ve Yüce Allah'ın devamlı kontrolü altında bulunması dolayısıyla kendi öznel değerlendirmelerine bağlı olarak ictihad etmeyeceği, söylediği ve yaptığı her şeyin vahiy kapsamında değerlendirileceği yönünde yaklaşımlar bulunsa da, kaynaklarımızın kaydettiği pek çok örnek, onun kendiliğinden ictihad ettiğini göstermektedir.

Mesela, erkeklerin emzikli kadınlarla cinsel ilişki kurmalarını önce yasaklamayı düşünmüş; sonradan Bizanslıların ve İranlıların bunu yapmakta olduklarını fakat bunun çocuklarına herhangi bir zarar vermediğini öğrenince bu düşüncesinden vazgeçmiştir.[56]

55 el-Mâide 5/3.

56 Müslim, "Nikâh", 24, 140-142; Ebû Dâvûd, "Tıbb" 16; Muvatta, "Radâ" 16.

Başıboş bir devenin bahçelere girip zarar vermesi üzerine Rasûlullah (s.a.), bahçe sahiplerinin gündüz; hayvan sahiplerinin gece boyu sorumlu olduğuna; dolayısıyla hayvanların gündüz vakti verdikleri zararları sahiplerinin tazmin etmeyeceğine, gece verilen zararı karşılamak zorunda olacaklarına hükmetmiştir.[57]

Pazarda fiyatların olağanüstü bir oranda artması üzerine, kendisinden narh koyarak piyasaya müdahale etmesi istendiğinde o, bunu kabul etmemiş ve fiyatların arz-talep kuralı doğrultusunda serbestçe oluşmasını öngörmüştür.[58]

Bu dönemde sahabeden bazı kimselerin de Hz. Peygamber'in huzurunda olmadıkları zamanlarda, kendi hukuk melekelerine dayanarak çözümlemelerde bulundukları bilinmektedir. Nitekim Hz. Peygamber'in "*Hükmünü Kur'ân ve Sünnet'te bulamadığın meseleleri nasıl çözeceksin*" sorusuna Muâz b. Cebel'in "*Kendi görüşümle ictihad ederek*" şeklinde cevap verdiğini ve bunun Hz. Peygamber'i memnun ettiğini[59] daha önce görmüştük. Burada sahâbe ictihadına ilişkin birkaç somut örnek vermekle yetineceğiz:

Yolculukta su bulamayan iki sahâbî teyemmüm ederek namazlarını kılmışlardı. Biraz sonra su bulunca, birisi abdest alıp namazı yeniden kılmış, diğeri ise buna gerek görmemişti. Medîne'ye döndüklerinde durumu Rasûlullah'a anlattıklarında o, birincisinin iki sevap aldığını, diğerinin davranışının da sünnete uygun ve yeterli olduğunu bildirmişti.

Sularının tükendiği bir askerî seferde Ammâr b. Yâsir ihtilâm olmuş ve uyanınca toprak üzerinde yuvarlanarak teyemmüm etmiş ve namazını kılmıştı. Aynı birlik içinde bulunan Hz. Ömer ise bunu tasvip etmemişti. Seferden dönünce durumu Rasûlullah'a anlattılar. O da, dirseklere kadar ellerin ve kolların, çene altına kadar yüzün toprakla mesh edilmesi şeklinde yapılan teyemmümün yeterli olduğunu, toprakta yuvarlanmaya gerek bulunmadığını ifade buyurdu.[60]

Ebû Sa'îd el-Hudrî bir yolculuk sırasında, akrep sokmuş bir müşriği Fâtiha sûresini okuyarak tedavi etmiş ve karşılığında o kişinin verdiği koyunları almıştı. Yol arkadaşlarından bir kısmı bunun câiz olmadığını düşünmüş ve dönünce Hz. Peygamber'e sormuşlardı. O da gülerek bunu onaylamıştı.[61]

---

57 Ebü Dâvûd, "Büyû", 90; Muvatta, "Akdıye", 28
58 Tirmizî, "Büyû", 73; İbn Mâce, "Ticârât", 27; Müsned, III, 85, 286.
59 Ebû Dâvûd, "Akdıye", 11.
60 Buhârî, "Teyemmüm", 8.
61 Buhârî, "Tıb", 33, 39.

Burada şunu belirtmeliyiz ki, Hz. Peygamber'in ictihadı Allah Teâlâ'nın; sahabenin ictihadı da Rasûl-i Ekrem'in gözetim ve denetimi altındaydı. Dinin ana kaynaklarının lafzına ve ruhuna uymayan ictihadlar bu denetimle düzeltiliyordu.

Mesela, Bedir savaşında alınan esirlere uygulanacak hüküm hakkında henüz bir vahiy gelmemişti. Hz. Peygamber konuyu ashâbıyla istişâre ettiğinde Hz. Ömer öldürülmeleri, Hz. Ebû Bekir fidye karşılığında salınmaları fikrini ileri sürdüler. Rasûl-i Ekrem de Hz. Ebû Bekir'in görüşünü benimseyip uygulayınca "*Yeryüzünde düşmanı tamamıyla sindirip hâkim duruma gelmedikçe, hiçbir peygambere esir almak yakışmaz. Siz geçici dünya menfaatini istiyorsunuz, hâlbuki Allah ahireti (kazanmanızı) istiyor. Allah, mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.*"[62] âyeti gelerek, bu ictihadın doğru olmadığını beyan etmişti.

Bir seferde ordu komutanı olan Amr b. Âs ihtilâm olmuş ve su bulamadığı için de teyemmüm ederek askere namaz kıldırmıştı. Seferden dönüşünde olayı Hz. Peygamber'e aktardıklarında o, teyemmümü uygun bulmakla beraber, bu durumdaki kişinin imam olarak öne geçmesinin doğru olmayacağını beyan etmişti.[63]

İşte bu düzeltmelerden ve onaylardan sonra, gerek Hz. Peygamber'in ve gerekse sahâbenin ictihadları "Sünnet" delili içinde değerlendirilmiştir.

İslâm hukukunun bu ilk dönemi hakkında zikredilebilecek özelliklerden birisi de, hükümlerin hem zaman hem de içerik yönüyle tedrîcen konulmuş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, hukuk normları ve yükümlülükler bir anda topluca belirlenmemiş; ihtiyaç ortaya çıktıkça ve toplum hazır hale geldikçe parça parça sevk edilmiştir.

Sözgelimi zekât miktarı, önceleri belirlenmeyip kişilerin kendilerine bırakılmışken, hicretin ikinci yılında nisâbı sabitlenmiş; daha önce yer yer kötülenmekle beraber kesin olarak yasaklanmayan içki, hicretin altıncı yılında haram kılınmış; fâiz belli bir sürecin sonunda hicretin onuncu yılında bütün çeşitleriyle yasaklanmıştır.

Bazı konularda önceki normun kaldırılması ve yenisiyle değiştirilmesi demek olan *nesih* de, tedrîc sürecinin bir aracı olarak görülebilir.

---

62 el-Enfâl 8/67.

63 Buhârî, "Teyemmüm", 7; Ebû Dâvûd, "Tahâret", 124.

Kur'ân vahyi ile karışması tehlikesini önlemek amacıyla hadislerin yazılması, Rasûl-i Ekrem tarafından bazı istisnalarla birlikte yasaklandığı için bu dönemin neredeyse tek yazılı hukuk kaynağı, Kitap yani Kur'ân-ı Kerîm'dir. Hz. Peygamber vefat ettiği zaman müslümanlar, bu yazılı kaynak yanında, onun söz, fiil ve takrîrlerine/onaylarına ilişkin çok geniş bir Sünnet birikimine de sahiptiler. Esasen bu ikinci kaynak, daha sonraları *es-sünnetü'l-ma'rûfe* veya *es-sünnetü'l-meşhûra* diye de adlandırılacağı üzere, zaten toplumda yerleşik olarak yaşıyordu.

Her ne kadar Hz. Peygamber'in diğer devlet başkanlarına gönderdiği davet mektupları ile kendi vâli ve kadılarına verdiği genelgeler yazılı kaynak niteliğinde görünse de bunlar hem sayı olarak azdı hem de bazılarında hukûkî/normatif hükümler bulunmuyordu. Diğer taraftan Allah Rasûlü'nün Amr b. Hazm gibi bazı sahâbîlere hadisleri yazma iznini vermiş olması, Sünnet'in bütünüyle yazılı olarak elde mevcut olması anlamına gelmiyordu.

II. Sahâbe Dönemi (11/632 – Hicrî I. Yüzyılın Ortaları)

Hz. Peygamber'in vefatını takiben Hz. Ebû Bekir'in 11/632 yılında halife seçilmesiyle başlayan bu süreç, fakih müctehid sahâbîlerin etkinliği açısından 70/690 yılına kadar uzanmaktadır.

Fıkhın gelişmesine etkisi, sadece sahâbe neslinin hâkim olması ve sonraki dönemlere örneklik ve kaynaklık teşkil etmesi yönüyle Hulefâ-yı Râşidîn devri, bu dönem içinde özel bir öneme sahiptir. Hz. Ebû Bekir ile 11/632 yılında başlayan Hulefâ-yı Râşidîn dönemi, dördüncü Râşit halife Hz. Ali'nin 40/661 yılında şehid edilmesiyle sona ermektedir. Bazı müellifler, iktidarın Muâviye'ye geçtiği 41 yılına kadar yaklaşık altı ay süren Hz. Hasan'ın hilafeti ile Ömer b. Abdilazîz'in 99-101 yıllarındaki hilafetini de bu döneme dâhil ederler. Fakat 'doğru yolda olan ve hakikate sımsıkı sarılan halifeler' anlamındaki Hulefâ-yı Râşidîn (el-Hulefâu'r-Râşidûn) nitelemesi, İslâmî literatürde Hz. Peygamber'den sonraki dört halifeyi yani Hz. Ebû Bekir, Ömer, Osman ve Ali'yi (r.anhüm) ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Dört halife dönemi, fıkıh tarihi açısından son derece önemlidir. Bu önem, hem vahyin kesilmesinden sonraki ilk dilimde onların eliyle sergilenen örnek metodolojik tavırdan, hem sahâbe neslinden itibaren bütün müslümanların/ümmetin onların döneminde alınan karar ve verilen fetvaları icma kuvvetinde görmelerinden, hem de bizzat Hz. Peygamber'in, kendisinden sonra onların örnek

alınmasına yönelik buyruklarından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar bazılarınca sened ve metin açısından eleştirilse de, bu yöndeki hadislerden en meşhuru şudur: *"Herhangi bir ihtilafla karşılaştığınızda sizin göreviniz, benim sünnetime ve Hulefâ-yı Râşidîn'in sünnetine uymaktır."*[64]

Kur'ân'ın nüzûlünün tamamlanması ve ardından Rasûl-i Ekrem'in vefatıyla birlikte vahiy süreci sona ermişti. Fakat hayat devam ediyor, çözülmesi gereken yeni sorunlar (nevâzil-vâkıât) ortaya çıkıyordu. Kitap ve Sünnet'in sınırlı naslarının bu yeni meselelerin tümünü doğrudan ve birebir çözüme kavuşturması beklenemezdi. Dolayısıyla bu aşamada, o sınırlı nasların yanında, doğruluğunu ve gücünü yine Kitap ve Sünnet'ten alacak diğer hüküm kaynaklarına ihtiyaç duyulmuştur. Hulefâ-yı Râşidîn, işte bu yeni hüküm kaynaklarının ve hüküm çıkarma yöntemlerinin ortaya konduğu, bir başka deyişle fıkıh usûlü ilminin temellerinin atıldığı bir dönemin yöneticileridir.

Bu dönemde ortaya çıkan ilk yeni delil, icmâ olmuştur. Önceki bilgilerden de hatırlanacağı üzere icmâ, Hz. Peygamber'den sonra, amelî bir meselenin şer'î hükmü üzerindeki görüş birliği demekti. Özellikle Hz. Ebû Bekir ve Ömer döneminde ictihad gücü ve yetkisi olan âlim sahâbîlerin Medîne'yi terk etmemeleri sağlanarak, yeni problemler, onların katılımıyla oluşan şûrâ ictihadı yoluyla çözümlenmiştir. Müzakereler sonucunda ulaşılan ortak görüş "icmâ" olarak nitelenmiş ve artık herkesi bağlayan bir delil kimliği kazanmıştır.

Hz. Ebû Bekir döneminde, Kur'ân'ın mushaf halinde bir araya getirilmesi, zekât vermemekte direnenlerle ve dinden dönenlerle (ehl-i ridde) savaşılması, müellefe-i kulûba zekât verilmemesi; Hz. Ömer döneminde, kıtlık olduğu zamanlarda hırsızlık yapanlara had cezasının uygulanmaması, aynı anda verilen üç talâkın, verenleri tedip ve cezalandırma amacıyla üç ayrı talâk olarak kabul edilmesi, âkıle sisteminin yeni divan teşkilatına uyumlu hale getirilmesi amacıyla değiştirilmesi; Hz. Osman döneminde, Medîne çok genişlediğinden cuma namazına vaktinde gelinmesini sağlamak amacıyla dış ezan okunmasının ilave edilmesi, ölümcül hastalığı (maraz-ı mevt) olan kocası tarafından, miras almasın diye boşanan kadının mirastan mahrum edilmemesi; Hz. Ali döneminde zanaatkârlara, zâyi ettikleri müşteri mallarını tazmin sorumluluğunun getirilmesi, üzerinde icmâ edilen hükümler olarak hatırlanabilir.

64 Ebû Dâvûd, "Sünnet" 5; Tirmizî, "İlim" 16; Müsned, IV, 126, 127.

Bu dönemde gündeme gelen ve bir açıdan icmânın da arka planında yer alan bir diğer hüküm kaynağı *reydir*. Görüş, düşünce, kıyas ve ictihad gibi anlamlara gelen rey, Kitap ve Sünnet başta olmak üzere, nakle dayananlar dışındaki bütün kaynak ve yorum metotlarının genel adıdır. Daha açık bir ifadeyle rey, Kur'ân ve Sünnet'in doğrudan hükmünü belirlemediği meseleleri kıyasa, makâsıd-ı şerîaya ve dinin genel ilkelerine göre çözüme kavuşturma işlemidir.

Her ne kadar *rey*, nassın bulunduğu yerde kıyas ve hukukî akıl yürütmeyle hüküm verme anlamında bizzat Hz. Peygamber zamanında bilinen[65] bir kelime olsa da, asıl işlevselliğine sahâbe dönemimde kavuşmuştur. Çünkü Hz. Peygamber zamanında gerek bizzat onun reyi, gerek başkasının olup onun onayından geçen reyler sonuçta Sünnet'e dâhil oluyordu. Sahâbe döneminde ise rey, naslara muhalefet kasdı içermeyen kişisel/beşerî görüşü ifade etmektedir. Birçok sahâbe müctehidinden nakledilen "*Ben bunu kendi reyime dayanarak söylüyorum. Doğruysa Allah'ın lûtfudur, yanlış ise benim yanlışımdır*" sözü[66] bunu göstermektedir.

Hareket noktasını nasların oluşturması, bu nasların yorumlanıp yeni olaylara uygulanması, bu mümkün olamayınca da onlara ters düşmeyen başka bir kaynak ve yöntemle çözüm üretilmesi, reyin temel karakteristiğidir. Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderdiği "*Kitap ve Sünnet'te hükmünü bulamadığın ve kesin olarak bir kanaate varamadığın konuları iyice düşün. Birbirine benzeyen meselelerin hükümlerini iyice kavrayıp ortak noktalarını bulmaya çalış. Sonra da bu benzerliklere dayanarak diğerlerini bunlara kıyas et*" talimatı ile Kadı Şurayh'a (ö. 80/699) öğrettiği "*Kur'ân'dan açıkça anlayabildiğin ile hüküm ver. Eğer Kur'ân'ın tamamını tarayıp da bir hüküm bulamamışsan Allah Rasûlü'nün sünneti ile hükmet. Burada da bulamazsan doğru yolda olan âlimlerin görüşleriyle hükmet. Bu da yoksa o zaman kendi reyinle ictihad et; âlim ve sâlih kimselere danış*" şeklindeki yöntem, reyin konumunu ve nisbeten mahiyetini ortaya koymaktadır.

Şu halde başta Hulefâ-yı Râşidîn olmak üzere sahâbe fakihleri Kitap, Sünnet ve icmâdan sonra iki yolla hüküm çıkarmaya başlamışlardı: Kıyas ve diğer ictihad yöntemleri.

---

65 Ebû Dâvûd, "Akdıye", 7; Tirmizî, "Ahkâm", 3.

66 Mesela bk. Müsned, IV, 279; Dârimî, "Ferâiz", 26.

Sahâbenin kıyası, ya ortak illete sahip olmaları dolayısıyla bilinenden bilinmeyene hüküm nakli (usûlî kıyas; kıyâsü'l-ille) şeklinde oluyor, ya da sorunu dinin genel ilkelerinden birisinin çerçevesine dâhil ederek çözümleme (kıyâsü'ş-şer') biçiminde cereyan ediyordu. Mesela Hz. Ebû Bekir (r.a.), ölenin oğlu bulunması halinde kardeşlerinin ona mirasçı olamayacağı yönündeki Kur'ân hükmüne[67] kıyasla, ölenin babasının bulunması halinde de aynı durumun söz konusu olacağı hükmünü çıkarmıştı. Bir *kıyâsü'l-ille* örneği olan ve literatürde *kelâle* meselesi olarak bilinen bu çıkarımdaki hareket noktası, babanın da tıpkı oğul gibi *asabe*den (sülâledeki en yakın erkek akrabadan) olması illetiydi.

Hz. Osman'ın (r.a.), ölüm hastası olan kocasının mirastan mahrum bırakmak kasdıyla boşadığı kadının mirasçılığının devam edeceği yönündeki hükmü de kıyâsü'ş-şer'a örnektir. Burada dinin/şer'in, zararı giderme ve hakkın kötüye kullanılmasını engelleme gibi genel ilkeleri esas alınmıştır.

Sahâbenin kıyas dışında başvurduğu diğer ictihad yöntemlerine gelince, burada, adı o zamanlarda böyle konulmamış olmakla birlikte öncelikle istihsân, istislâh, örf, sedd-i zerî'a ve istishâb gibi yöntem ve kaynakların kullanıldığı görülmektedir. Mesela iddetini henüz tamamlamadan bir başkasıyla evlenip zifafa giren bir kadının haberini alan Hz. Ömer, başkalarına kötü örnek olmasın diye bu kişilerin birbirleriyle ebediyyen evlenemeyeceklerine hükmetmiştir. Bu hükmün dayanağı, daha sonraki dönemlerde sedd-i zerî'a diye isimlendirilecek olan, kötülüğü baştan önleme ilkesidir.

Râşit halifeler arasında fıkıh tarihine etkisi açısından en önemli kişi, kuşkusuz Hz. Ömer'dir. Gerek devletin idare, maliye ve yargı yapılanmasındaki çabaları, gerek toplumsal gelişmelerle ilgili yaklaşımları ve gerek yeni meselelerle ilgili fetva ve kararları, sonraki dönemler için ufuk açıcı örnekler olmuştur. Söz gelimi, fethedilen büyük arazileri ganimet kapsamında değerlendirmeyerek *harâc* vergisi karşılığında eski sahiplerine bırakması, özgün bir *dîvân* teşkilatı kurarak soy ve akrabalık esasına göre işlemekte olan toplumsal teşkilatlanmayı, ortak özelliklere ve meslek birlikteliğine göre yeniden düzenlemesi, müslüman erkeklerin ehl-i kitap kadınlarla evlenmesini uygun bulmaması, deve fiyatlarının yükselmesi sebebiyle diyetin parasal karşılığını yeniden belirlemesi, baldan da zekât alması, birleşerek bir kişiyi öldüren topluluğun tamamına ölüm cezası vermesi, içki içme cezasını artırması, gerektiğinde devletin fiyatlara müdahalesine onay

67 en-Nisâ 4/12, 176.

vermesi, Kâbe'ye ziyaretlerin yıl içinde artmasını sağlamak amacıyla temettû haccını[68] yasaklaması, terâvih namazının cemaatle kılınmasını sağlaması gibi uygulamaları, birçok açıdan dikkati çekmektedir.

Dikkat çeken açılardan birisi de Hz. Ömer'in söz konusu kararlarının sanki kendisinden önceki uygulamalara şeklen aykırı düşüyor gibi görünmesidir. Onun tasarruflarındaki gerçek dayanakları ve fıkhî düşünceyi gözden kaçıranlar, sanki onun kendi zamanının şartlarının değişmiş olmasını dikkate alarak naslara aykırı hükümler koyduğunu zannetmişlerdir. Böylece zamanın ve şartların değişmesiyle, kat'î ve sarîh (kesin ve açık) naslara dayanan hükümlerin bile değişebileceğinin yani nasların tarihsel olduğu yaklaşımının onun tarafından benimsendiğini söylemişlerdir. Oysa Hz. Ömer'in bir kısmı yukarıda örnek verilen uygulamalarının hepsi nasların çerçevesine dâhil olan ve esasen bu özelliğiyle de sahâbenin onayını alan uygulamalardır. Zira dikkatle incelendiğinde onun bu uygulamalarının şu sebeplerden birisine dayandığı görülecektir:

a. Konuyla ilgili başka naslara,

b. Nasların meşru yorumuna,

c. Nasdaki hükmün uygulanması için gerekli olan illet ve şartların bulunmamasına,

d. Maslahat ve sedd-i zerî'a ilkeleri doğrultusunda kendisine tanınan yetkiyi kullanmasına,

e. Dinin devlet başkanına tanıdığı mubah/câiz olan alanda tasarrufta bulunabilme yetkisine,

f. Kamu düzenini koruyup adaleti tesis etmek veya zaruret halini gidermek maksadıyla bazı hükümlerin uygulanmasını geçici olarak askıya almaya.

Tahmin edilebileceği üzere sahâbîlerin hepsi aynı oranda hukuk bilgisine, tahlil yeteneğine ve ictihad gücüne sahip değildi. İçlerinden bazıları bu alanda temayüz etmişti. Bunlar arasında Hz. Ömer, Ali, Abdullah b. Mes'ûd, Abdullah b. Abbas, Abdullah b. Ömer, Zeyd b. Sâbit ve Hz. Âişe (r.anhüm), "yedi fakih sahâbî" (el-fukahâü's-seb'a mine's-sahâbe) nitelemesiyle hepsinden önce anılmıştır. Kaynaklar bu yedi sahâbînin her birinin verdiği fetvaların birer büyük

68 Bir hac mevsiminde ayrı ayrı niyet ve ihramla umre ve haccın birlikte edâ edildiği hac türüdür.

cilt teşkil edeceği kaydını düşerler. Hz. Ebû Bekir, Osman, Ebû Mûsâ el-Eş'arî, Zübeyr b. Avvâm, Abdullah b. Amr ve Muâz b. Cebel (r.anhüm) gibi daha pek çok fakih sahâbînin fetvaları ise öncekilere göre daha azdır.

İsmi burada anılanlar da dâhil olmak üzere sahâbe fakihleri, özellikle hadis-sünnet olmak üzere kaynak değerlendirmesi ve hüküm çıkarma yöntemleri açısından farklı düşüncede olabiliyorlardı. Hz. Ömer, Ali, Abdullah b. Mes'ûd, Abdullah b. Abbas gibi bazıları Kitap ve Sünnet yanında reye başvurmada, kıyas ve diğer ictihad yollarını kullanmada yani kısaca aklî istidlâl ve teorik düşünmede daha rahat bir tavır sergilerken, Abdullah b. Ömer, Abdullah b. Amr, Ebû Saîd el-Hudrî ve Zeyd b. Sâbit gibi bir kısmı ise daha çok rivayetlerle yetiniyor ve reyden mümkün olduğunca uzak durmaya çalışıyorlardı.

Böyle iki farklı yönelişin ortaya çıkmasında, kişilerin bilgi birikimi ve muhakeme gücündeki farklılıklar yanında, İslâm coğrafyasının genişlemesine bağlı olarak hadis-sünnet rivayetlerinin güvenilirliğini tesbitte karşılaşılan güçlükler, hadis uydurma faaliyetlerinin artması ve Hz. Ali döneminden itibaren Şîa ve Hâricîler gibi siyasî fırkaların ortaya çıkıp farklı görüşler ileri sürmeye başlamaları da etkili olmuştur.

Irak fethedilince önce Abdullah b. Mes'ûd, daha sonra Hz. Ali ve İbn Abbas buraya gelip kendi yöntemlerine göre bir eğitim verince, onların reyci karakteri burada hâkim oldu. Reye mesafeli duran ve rivayetlerin dışına çıkmamaya özen gösterenler ise daha çok Hicaz'da yaşıyordu. İşte bundan sonradır ki, kaynak ve yöntem farklılığına bağlı ekolleşmeler *Irâkıyyûn* ve *Hicâziyyûn* ismiyle anılmaya başlamıştır. Aslında metodolojik farklılıklara dayanan bu coğrafî ayırım, bir nesil sonraki tâbiûn döneminde *ehl-i rey* ve *ehl-i hadis* adıyla daha teknik bir isimlendirmeye kavuşacaktır.

Bu bahsi kapatmadan önce son olarak, fıkhın sahâbe dönemindeki tedvinine yani literatürüne de değinelim. Bugün anladığımız anlamda, fıkıh hükümlerini içeren kitaplar II/VIII. yüzyılın ilk yarısından itibaren derlenmeye başlamıştır. Dolayısıyla sahâbe döneminde fıkhın özel kitaplarda sistematik bir tedvini söz konusu değildir. Bu dönemde fıkıh bilgi ve kültürü, senetleriyle birlikte şifâhî/sözel olarak aktarılmış, daha sonra "sahâbe kavli" adını alacak olan müctehid sahâbîlere ait olan görüşler de hadis-sünnet rivayetleriyle birlikte özenle nakledilmiştir.

Bununla birlikte küçük risaleler, mektuplar ve genelgeler tarzında yazılı fıkıh malzemesinin bulunduğu da bir gerçektir. Söz gelimi Hz. Ebû Bekir (r.a.) bazı zekât ve vergi hükümlerini ihtiva eden bir mektubu Enes b. Mâlik'e göndermiş, Hz. Ömer'den (r.a.) hayvanların zekâtı ile ilgili bir belge torunlarına intikal etmiş, yine o yargılama hukukuna dair genelgeler yayımlamış, Hz. Ali (r.a.) ile Hz. Osman (r.a.) arasında hukukî konuları içeren yazışmalar olmuştur. Bunlar rivayet kaynaklarımız içinde nakledile gelmiştir.

III. Tâbiûn Dönemi (I/VII. yüzyıl ortaları – 132/750)

Başlangıç ve bitiş tarihleriyle ilgili kesin rakamlar söylenemese de tâbiûn dönemini, Emevî iktidarının kökleştiği ilk yüzyılın ortalarından (60-70/680-690) başlatmak mümkündür. Bu zamana gelindiğinde büyük fakih sahâbîlerin çoğu vefat etmiş; ictihad, iftâ ve yargı sorumluluğu, onların yetiştirdiği âlimlere yani tâbiûn nesline intikal etmiştir. İktidarın Emevîlerden Abbâsîlere geçtiği 132/750 yılı, aynı zamanda üçüncü neslin yani tebe-i tâbiînin (veya etbâut-tâbiînin) de temayüz edip kendilerini yetiştiren tâbiûndan bayrağı devraldığı sürece denk geldiği için, tâbiûn dönemini yaklaşık bu tarihlerde sonlandırmak yanlış olmayacaktır.

Fıkıh tarihi bakımından bu dönemin en önemli özelliği, ictihad yöntemlerindeki farklılıkların daha bir belirginleşmesi ve buna bağlı olarak metodik ekolleşmelerin somutlaşmasıdır. Genel olarak hukukî akıl yürütmeye verilen yer, hadis-sünnet rivayetlerini değerlendirme ölçütleri ve yaşanılan bölgenin özellikleri merkeze alınarak yapılmış olan Irâkıyyûn-Hicâziyyûn ayırımı, bu dönemde ehl-i rey-ehl-i hadis (veya ehl-i eser) ekollerini doğurmuştur.

Ehl-i reyin merkezi Kûfe ve en büyük temsilcisi İbrahim en-Nehaî (ö. 96/714) iken, ehl-i hadisin merkezi Medîne ve simgesel temsilcisi Saîd b. el-Müseyyeb'tir (ö. 94/713). İlk bakışta rivayet karşısında takınılan tavır bakımından yapılan bir ayırım gibi görünse de bu ikili bölünmede şu gerekçeler etkili olmuştur:

a. Bilgi kaynaklarındaki farklılık:

Her ekol kendi bölgelerinde yaşayan sahâbeden bilgi almış; sahâbenin bilgi, kültür ve değerlendirme farklılıkları bu yolla öğrencilerine de geçmiştir. Ehl-i rey daha çok Hz. Ali, İbn Mes'ûd ve İbn Abbas kanalından beslenirken, ehl-i hadis ise Abdullah b. Ömer, Zeyd b. Sâbit ve Ebû Hüreyre'den ilim almıştır. Ayrıca ehl-i hadis Medîne örfüne (amelü ehli'l-Medîne) ayrı bir değer vermiştir.

Diğer taraftan Hicaz'ın aksine Irak bölgesi siyasî çekişmelerin, dinî ve kültürel farklılaşmaların çok yoğun olduğu bir yerdi. Buna bağlı olarak hadis uydurma ile rivayetleri tahrif etme faaliyetlerinin de merkezi durumundaydı. Hadis-sünnet bilgisi açısından da Hicaz'ın gerisinde olduğundan ehl-i rey, doğruluğundan emin olmadığı rivayetlere dayanarak hüküm vermekte tereddüt etmiştir. Bunun yerine Kur'ân ve ma'rûf-meşhûr sünnetin hükümleri ile dinin bu iki kaynağından elde edilen genel ilkelere dayanmayı tercih etmişler ve yine bu doğrultuda reye müracaattan geri durmamışlardır.

b. Hadis-sünnet rivayetlerini değerlendirme ölçütlerindeki farklılık:

Ehl-i hadis, rivayetin kabulünde senet/râvî incelemesiyle yetinirken ehl-i rey, bunun yanında rivayetin metnini de içerik incelemesine tâbi tutmuşlardır. Daha ilmî ifadesiyle ehl-i rey, metin tenkidi yapmıştır. Kendi bölgelerindeki siyasal ve toplumsal kargaşa ehl-i reyi, rivayeti hemen kabulden önce böyle bir tenkit süzgecinden geçirmeye zorlamıştır. Diğer taraftan ehl-i hadis de kendi âlimlerinden onay almadıkça yine aynı gerekçelerle, yani o bölgelerde yoğunlaşan siyasî kargaşa ve fitne sebebiyle Kûfe ve Şam kaynaklı rivayetleri delil olarak kabul etmemiştir.

c. Hukukî akıl yürütmeye yer vermedeki farklılık:

Ehl-i hadis, hukukî problemlerin çözümünde genellikle nas ve rivayetle yetinip başta kıyas olmak üzere rey yollarına müracaattan olabildiğince kaçınırken ehl-i rey, bu noktada daha cesurdur. Onlar Kitap ve Sünnet'i asıl kaynak kabul etmede ehl-i hadis ile aynı düşüncededirler; fakat meselenin çözümünü bu iki kaynakta bulamadıkları zaman kıyas, istihsân, istıslâh ve sedd-i zerâî gibi yöntemleri de kullanmış ve hukukî akıl yürütme yoluyla çözümler üretmekte sakınca görmemiştir. Hatta olması muhtemel bazı hukukî problemler kurgulayıp bunların nasıl çözümleneceğine dair ictihad jimnastiği (farazî/takdîrî fıkıh) yapmışlardır.

d. Kur'ân ve Sünnet'in hukukî normlarını anlama biçimindeki farklılık:

Ehl-i hadis, bu iki kaynaktaki hükümlerin zâhirî ve şeklî yönüne daha fazla önem atfedip hikmet ve maksat açısından değerlendirmeyi gündeme almazken ehl-i rey, bunların da en az şekil kadar önemli olduğunu düşünmüştür. Zira ehl-i reye göre naslar, ilkesel olarak *ma'kûlü'l-ma'nâ*dır yani gerekçeleri akılla kavranabilir niteliktedir. Bu tutum farklılığı hükümlerin akılla gerekçelendirilmesi, hikmet ve maksadının da hesaba katılarak yorumlanması ve buna bağlı olarak hüküm üretilmesi noktasında farklılaşmayı beraberinde getirmiştir.

e. Toplumsal ihtiyaçlardaki farklılık:

Ehl-i hadisin yaşadığı bölgelerde Hz. Peygamber (s.a.) döneminden çok farklı bir sosyokültürel ortam oluşmadığı için yeni hukukî sorunlarla da çok fazla karşılaşılmamıştır. Dolayısıyla mevcut çözümlemelerin dışında reye dayanan bir ictihad ihtiyacı hissedilmemiştir. Buna karşılık başta Kûfe ve Basra olmak üzere ehl-i reyin yaşadığı Irak bölgesi, çok kültürlü özelliği, gayri müslim dünyaya açık yönü ve karmaşık siyasal yapısıyla sürekli yeni hukukî problemlerle yüz yüze geliyordu. Hal böyle olunca bunların çözümü için eldeki rivayetler yanında reye müracaat gerekiyordu.

Fıkıh ilmi ve tarihi bakımından önem arz eden bu sebepler yanında bazı araştırmacılar, ehl-i rey-ehl-i hadis ayırımında itikâdî-kelâmî ve etnik farklılıkların da belirleyici olduğunu iddia etmişlerdir. Bu iddia sahiplerine göre, inanç ilkelerinin aklî yoruma tâbi tutulmasını benimseyenler ehl-i rey; herhangi bir şekilde yorumlamadan olduğu gibi kabul edilmesine taraf olanlar ise ehl-i hadis diye isimlendirilmiştir. İtikâdi-kelâmî tartışmalar III/IX. yüzyıl başlarında görünür hale geldiği için bu iddia, söz konusu tartışmaların yoğun olarak yaşanmadığı ilk iki yüzyıldaki ehl-i rey-ehl-i hadis ayırımını izahta yetersiz kalmaktadır.

Bu ikili ayırımda etnik kökenlerin etkili olduğu iddiasına gelince; anlamlı görünmeyen ve yeterince ispat edilebilir olmayan bu iddiaya göre II. yüzyıldan itibaren ilmî ortamlarda temayüz etmeye başlayan ve bir süre sonra da bu ortamlara hâkim olan mevâlî (Arap olmayanlar, azad edilenler) ile çekişen Arap unsurlar, daha çok Irak çevresinde yetişen bu âlimleri ehl-i rey olarak nitelemişler, kendilerini de geleneğe ve rivayete nispetle ehl-i hadis olarak isimlendirmişlerdir.

Tekrar ifade edelim ki, bu son iki iddia anlamlı ve yeterince açıklayıcı değildir.

Fıkıh tarihinde hatta genel olarak İslâm ilimleri literatüründe çokça kullanılan bir ayırım olmakla birlikte ehl-i rey ve ehl-i hadisin hem çerçevesini çizmek hem de tek tek fakihler üzerinde somutlaştırmakta yer yer zorluklar bulunmaktadır. Çünkü ehl-i hadis de zaman zaman kıyasa başvurup bazı aklî yorumlara giderken, ehl-i rey içinde de zâhirci/lâfızcı yaklaşımlara rastlanabilmiştir.

Mesela ehl-i reyin önemli bir kesimi, Kur'ân ve Sünnet'te belirlenen hadlere ve ruhsatlara kıyasla yeni çıkarımlar yapılmasını uygun görmezken; ehl-i hadis içindeki pek çok kişi bunun mümkün ve câiz olabileceğini kabul etmişlerdir. Rivayete değer verme açısından mesela ehl-i hadisin, mürsel veya mevkûf olduğu gerekçesiyle delil kabul etmediği birçok rivayet, ehl-i rey tarafından benimsenmiştir.

Diğer taraftan her iki kesim de mesela Hz. Ömer, Âişe ve İbn Abbas (r.anhüm) gibi ortak bilgi kaynaklarına sahiptirler. Irak bölgesinde Mesrûk b. el-Ecdâ (ö. 63/683), Şa'bî (ö. 103/712) ve Muhammed b. Sîrîn (ö. 110/729) gibi ehl-i hadis mensupları bulunuyorken, Medîne'de de Rebîa b. Ebî Abdirrahman ya da daha çok bilinen ismiyle Rebîatü'r-rey (ö. 136/753) gibi, adı üstünde reyci müctehidler yaşıyordu.

Aynı şekilde bazı müctehidlerin bu iki ekolden hangisine dâhil olduğu konusundaki farklı tespitler de iki ekol arasındaki geçişkenliğin bir göstergesidir. Söz gelimi İmam Mâlik (ö. 179/795) ve İmam Şâfiî (ö.204/819), kimilerine göre ehl-i hadis kimilerine göre ise ehl-i rey içinde sayılmıştır. Bazıları daha sonra Ebû Hanîfe'nin (ö. 150/767) temsil edeceği Kûfe ekolü dışında kalan bütün müctehidlerin ehl-i hadis sayılacağını söylerken, kimileri de Hanbelîler dışında kalan herkesi ehl-i rey saymıştır.

Öyleyse bu ayırımı, her bakımdan aralarında köklü ayrılıklar bulunan, tamamıyla farklı iki ekol gibi görmek yerine, genel bakış ve tutum itibariyle ortaya çıkan bir duruş farklılığı olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Nitekim daha sonraki zaman dilimlerinde bu iki ekol hukukçuları arasında devam eden ilmî-fikrî alışverişler ve hoca-öğrenci ilişkileri, aradaki görünür yöntem farklılıklarını da esnetmiş ve bu iki ekol belli ölçülerde birbirine yaklaşmıştır. Öyle ki, artık üst başlıklara göre ehl-i rey-ehl-i hadis ayırımı yapmak, yerini Hanefîyye, Şâfiiyye, Mâlikiyye, Sevriyye, Evzâiyye, Taberiyye gibi kişilere bağlı mezhep isimlendirmelerine bırakmıştır.

Tâbiûn döneminin bazı ünlü fakihleri ve ilim merkezleri şöyle sıralanabilir:

Medîne: Ebû Bekir b. Abdirrahman (ö. 94/713), Saîd b. el-Müseyyeb (ö. 94/713), Urve b. Zübeyr (ö. 94/713), Ubeydullah b. Abdillah (ö. 98/716), Hârice b. Zeyd (ö. 100/718-19), Kâsım b. Muhammed (ö. 107/725), Süleyman b. Yesâr (ö. 107/725), (Bu yedi kişi, *el-fukahâü's-seb'a bi'l-Medîne* yani Medîne'nin yedi fakihi olarak anılmıştır); Zeyd b. Ali (ö. 122/740), İbn Şihâb ez-Zührî (ö. 124/742) ve Rebîatü'r-Rey (ö. 136/753).

Mekke: Mücâhid b. Cebr (ö. 103/721), İkrime el-Berberî (ö. 105/723), Atâ b. Ebî Rabâh (ö. 114/732).

Kûfe: Alkame b. Kays (ö. 62/682), Mesrûk b. el-Ecdâ (ö. 63/683), Kadı Şurayh b. Hâris (ö. 80/699), Saîd b. Cübeyr (ö. 94/713), İbrahim en-Nehaî (ö. 96/715), Şa'bî Âmir b. eş-Şerâhîl (ö. 104/722), Hammâd b. Ebî Süleyman (ö. 120/738).

Basra: el-Hasenü'l-Basrî (ö. 110/728), Muhammed b. Sîrîn (ö. 110/729), Katâde b. Diâme (ö. 118/736), Ebu'l-Esved ed-Düelî (ö. 69/988).

Şam/Dımaşk: Ebû İdris el-Havlânî (ö. 80/699), Ömer b. Abdilazîz (ö. 101/720), Mekhûl b. Ebî Müslim (ö. 112/730).

Yemen: Tâvûs b. Keysân (ö. 106/725), Yahya b. Ebî Kesîr (ö. 129/747).

Mısır: Mersed b. Abdillah (ö. 90/709), Yezîd b. Ebî Habîb (ö. 128/745).

Tâbiûn döneminde hukukun tedvini faaliyetine gelince, ilk söylenmesi gereken husus, hadis-sünnet rivayetlerinin bu dönemde sistematik olarak derlenmeye ve yazılmaya başlandığıdır. Bazı tespitlere göre elli civarında sahabî, tâbiûndan olan öğrencilerine bildikleri hadisleri yazdırmıştır. Emevî halifesi Ömer b. Abdilazîz bu işi resmîleştirmiş ve Medîne vali-kadısı Ebû Bekir b. Hazm'a (ö. 120/738) Hz. Peygamber'in hadis-sünnetinin araştırılıp yazıya geçirilmesi emrini vermiştir. Bu arada sahâbe fetvalarını da sünnet kapsamında değerlendiren İbn Şihâb ez-Zührî (ö. 124/742) ulaşabildiği bütün hadisleri derleyerek halifeye ulaştırmıştır. Ömer b. Abdilazîz daha sonra merkezde toplanan bu derlemeleri çoğaltıp birçok bölgeye göndermiştir.

Kaynaklardaki bazı bilgilere göre konulara ayrılmış ilk sistematik fıkıh eserleri de bu dönemin sonlarına doğru yani I. yüzyılın sonu-II. yüzyılın başında yazılmaya başlanmıştır. Bugün elimizde olmamakla birlikte el-Hasenü'l-Basrî'nin konulara göre düzenlenmiş fetvaları yedi büyük cilt, İbn Şihâb ez-Zührî'nin fetvaları üç büyük ciltte toplanmıştır. Hz. Hüseyin'in torunu Zeyd b. Ali'ye (ö. 122/740) nispet edilen ve günümüze ulaşan *el-Mecmû* (diğer isimleriyle *Mecmûu'l-Fıkh*, *el-Mecmû fi'l-Fıkh*, *el-Mecmûu'l-Hadîsî ve'l-Fıkhî*) isimli eseri, eğer kendisine nispeti doğruysa bu dönemin neredeyse bütün fıkıh konularını, üstelik de sistematik olarak ihtiva eden ilk kitabı olma özelliğini taşımaktadır.

Bunların yanında Süleyman b. Kays el-Hilalî'nin (ö. 95/714) fıkıh kitabı, Katâde b. Diâme'nin (ö. 118/736) *el-Menâsik*, Zeyd b. Ali'nin *Menâsikü'l-Hac ve Âdâbuh* isimli eserleri de günümüze ulaşmıştır.

IV. Müctehid İmamlar ve Mezhepleşme Dönemi (132/750-IV/X. Yüzyılın Ortaları)

Abbasîlerin yönetimde olduğu zamana denk gelen bu dönem, kaynak ve yöntem farklılığına bağlı ekolleşmelerin artık ismen somutlaşıp belirginleştiği ve

akademik bir boyut kazandığı dönemdir. Önceki dönemde genel eğilim olarak farklılaşan fıkhî düşünce ve üretim artık, kişi merkezli medrese/ekol ayrışmasına yani müctehid imam odaklı mezhepleşme sürecine girmiştir.

Bilindiği üzere, mezhep, hükümlerinin dayandığı delilleri bulmakta ve bunlardan hüküm çıkarıp yorumlamakta önder sayılan âlimlerin ortaya koyduğu görüşlerin tamamına ve bu görüşler etrafında meydana gelen ekolleşmenin ürünü olan ilmî ve fikrî birikime verilen isimdir. İşte bu sıralarda yazılan kitaplar ve yapılan tartışmalardaki "Bu, Ebû Hanîfe'nin ve bizim fakihlerimizin çoğunluğunun görüşüdür", "Bizim imamımız", "Bizim fakihlerimiz", "Biz kendi hocamızın görüşlerini takip ediyoruz", "Mâlik ve ashâbı", "Hanefîler" gibi ifadeler bir mezhebe mensubiyetin ilk işaretleri konumundadır.

II/VIII. yüzyılın ortalarından itibaren ders halkaları kurup fıkhın bütün alanlarında hüküm üreten ve yetiştirdikleri öğrencileri eliyle kendi görüşlerini yazıp yayan müctehidler arasında özellikle şu isimler sayılmaktadır:

Abdurrahman b. Ebî Leylâ (ö. 148/765), Ebû Hanîfe Nu'mân b. Sâbit (ö. 150/767), Abdurrahman el-Evzâî (ö. 157/774), Süfyân es-Sevrî (ö. 161/778), Leys b. Sa'd (ö. 175/791), Mâlik b. Enes (ö. 179/795), Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî (ö. 204/819), İshak b. Râhûye (ö. 238/853), Ebû Sevr (ö. 240/854), Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855), Dâvûd b. Ali ez-Zâhirî (ö. 270/883) ve Muhammed b. Cerîr et-Taberî (ö. 310/922).

İşte böyle ayrışmaya başlayan mezheplerin ortaya çıkmasını ve kökleşerek kitleselleşmesini şu sebeplerle açıklamak mümkündür:

a. Önceleri gerektikçe ve soruldukça ictihad edilip hüküm verilirken bu dönemdeki müctehidler, fıkhın bütün alanlarında çalışmalar yapmıştır.

b. Bu çalışmalar, her bir müctehidin etrafında kurulan ders halkalarında (Hamîdullah'ın deyimiyle akademilerde) yapılmış, yetiştirilen öğrenciler vasıtasıyla mezhebin (ekolün ve akademinin) görüşleri etrafa yayılmıştır.

c. Müctehidin ve önde gelen öğrencilerinin görüşleri kitaplarda tedvin edilmiş, böylece bir bütün halinde kolayca takip ve öğrenme imkanı doğmuştur.

d. Her bir mezhebin hüküm kaynaklarına ve istinbat yöntemlerine dair kuralları yani takip ettikleri fıkıh usûlü berraklaşmış ve yazıya geçirilmeye başlanmıştır.

e. Mezhepler arasında karşılıklı tartışmalar olmuş ve her ekol kendi görüşünün doğruluğunu ispat etmeye çalışmıştır.

f. Müctehid imamların öğrencilerle ve kitaplarla etrafa yayılan şöhretleri, büyük kitlelerin onları takip etmesini sağlamıştır.

g. Tayin edilen kadılar, kendi mezheplerine göre karar vermeye başlamış, hatta kadı atamalarında mezhep faktörü de dikkate alınır olmuştur.

h. Hukuk güvenliğini sağlama, yani kişilerin kendilerine uygulanacak hükümleri önceden bilmelerini sağlayarak ve bir bölgede aynı mahiyetteki olaylara aynı hükmü vererek hukuk birliğini, istikrarını ve adaleti gerçekleştirme ihtiyacı, geniş halk kitlelerini belli bir müctehid imamı esas alıp onun mezhebini kanun gibi görmeye sevk etmiştir.

ı. Bir müddet sonra fıkhın bütün konularına ilişkin mezhep görüşlerini sistematik bir tarzda sıralayan temel metinler yazılmaya ve mezhep büyüklerinin kitaplarının şerh edilmeye başlanması, hem ekol kimliğini perçinlemiş hem de hukuk güvenliğini sağlayan araçlar olarak görülmüştür.

j. Yeni meselelerin mezhep imamı ve yetişkin öğrencilerinin mevcut görüşlerine ve takip ettikleri usûle göre çözümlenmesine (*tahrîc*) ilişkin kurallar tespit edilerek, serbest ictihaddan çok, iç tutarlılık kaygısına bağlı mezhep içi ictihadlar yapılmaya başlamıştır.

k. Bazı sosyal, siyasal ve kültürel etkenlerin sınırlı da olsa ekoller arasında bir tür rekabet doğurması, mezhepler ile müntesiplerinin daha belirgin hatlarla ayrışmasına sebep olmuştur.

Başlıca bu sebeplere bağlı olarak ortaya çıkan fıkıh mezhepleri, gittikçe kökleşmiş ve bilinen dört tanesi başta olmak üzere İslâm coğrafyasında istikrar kazanmıştır. Mezheplerin istikrar kazanmasındaki en önemli sebebin, yukarıda da kısmen değinildiği gibi, hukuk güvenliğinin ve birliğinin sağlanması ihtiyacı olduğu söylenir.

Esasen bu ihtiyaç çok önceleri hissedilmiş ve bunu karşılamak üzere resmî düzeyde adımlar da atılmıştı. Emevîler döneminde halife Ömer b. Abdilazîz'e (ö. 101/720) yargı birliğini sağlaması yönünde teklifler yapılmış, o da görüş ayrılıklarını "rahmet" olarak değerlendirmekle birlikte eyaletlere genelgeler göndererek her eyaletin kendi bölgesindeki fakihlerin ittifak ettikleri hükümlere göre karar vermelerini emretmişti. Daha sonra Abbasîler döneminde halife Ebû Ca'fer el-Mansûr da (ö. 158/775) benzer bir girişimde bulunmuştu. Danışmanlarından Abdullah b. el-Mukaffâ'nın (ö. 142/759), birbirine zıt görüşler hukuk

anarşisine yol açtığı için devlet eliyle resmî bir kanun derlemesi yapılması yönündeki teklifini yerinde bulan halife el-Mansur, İmam Mâlik'in *el-Muvatta*'ını kanunlaştırmak istemiş fakat İmam Mâlik, bilgi-rivayet zenginliğinden istifadeyi ve fıkhın gelişmesini engelleyeceği endişesiyle buna izin vermemiştir.

Bütün bunlara rağmen yukarıda başlıcalarını saydığımız sebeplere bağlı olarak fıkhî mezhepler, sivil birer gerçeklik olarak oluşmuş ve yayılmıştır. Burada tarih içinde kökleşerek kitleselleşmesini ve yaşayıp yaşamadıklarını ölçüt alarak belli başlı fıkıh mezheplerini sayacağız:

Fıkıh Mezhepleri

Yaşayan Mezhepler		Yaşamayan Mezhepler
Sünnî Olanlar	**Sünnî Olmayanlar**	el-Hasenü'l-Basrî Mezhebi
Hanefiyye	Ca'feriyye	Evzâiyye
Mâlikiyye	Zeydiyye	Sevriyye
Şâfiiyye	İbâdiyye	Leys b. Sa'd Mezhebi
Hanbeliyye		Taberî Mezhebi
		Dâvûd b. Ali (Zâhirî) Mezhebi
		Süfyân b. Uyeyne Mezhebi
		İshâk b. Râhûye Mezhebi
		Ebû Sevr Mezhebi
		İbn Ebî Leylâ Mezhebi

İslâm dünyasının geneli düşünüldüğünde günümüzde büyük çoğunluk, dört Sünnî mezhepten birine, daha çok da Hanefi ve Şâfiî mezheplerine, Şîaya mensup olanlar da Ca'ferî mezhebine bağlanmıştır. Zeydiyye Yemen'de, İbâdıyye ise Uman'da hâlen resmî mezhep konumundadır.

Bu genel bilgilerden sonra, yaşayan mezhepleri kısaca tanıyalım:

A. Sünnî Mezhepler

1. Hanefî Mezhebi

Irak-Kûfe ekolünün en güçlü ismi olan Ebû Hanîfe adına, onun Ebû Yûsuf Ya'kûb b. İbrahim (ö. 182/798), Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/804), Züfer b. Hüzeyl (ö. 158/775) ve Hasen b. Ziyâd (ö. 204/819) gibi müctehid öğrencilerinin eliyle kurulmuştur. Kûfe medresesinin ve burada kurulan mezhebin imamı Ebû Hanîfe'nin adı Numan b. Sâbittir. 80/699 yılında Kûfe'de doğmuş 150/767 yılında Bağdat'ta vefat etmiştir. Hocası Hammâd b. Ebî Süleyman (ö. 120/738), onun hocası İbrahim en-Nehaî (ö. 96/714), onun hocası Alkame b. Kays (ö. 62/681) onun da hocası sahâbî Abdullah b. Mes'ûd'dur (ö. 32/652-53).

Ehl-i rey ekolünün simge ismi haline gelen ve mezhep içinde İmam-ı A'zam (en büyük imam) sıfatıyla anılan Ebû Hanîfe, kendi delil teorisini şöyle açıklamıştır: "*Biz önce Allah'ın kitabında olanı alırız. Onda bulamazsak Rasûlullah'ın sünnetine bakarız. Sonra ashâbın ittifak ettiği görüşü benimseriz. Eğer sahâbe ihtilaf etmişlerse onlar arasından dilediğimizin görüşünü alırız. Başkalarının görüşlerini onlara tercih etmeyiz. Ancak el-Hasenü'l-Basrî, İbrahim en-Nehaî ve Saîd b. el-Müseyyeb gibi tâbiûn âlimlerine gelince onların ictihadlarıyla kendimizi sınırlandırmayız. Onlar nasıl ictihad yapmışlarsa biz de yaparız. Aralarında ortak illet/gerekçe bulununca bir hükmü diğerine kıyas ederiz.*"

Ebû Hanîfe'nin bizzat kendisine ait olan bir fıkıh eseri yoktur. Ancak akâide dair şu küçük risaleler, tartışmalı da olsa ona nispet edilmiştir: *el-Fıkhü'l-Ekber*, *el-Fıkhü'l-Ebsat*, *el-Âlim ve'l-Müteallim*, *er-Risâle ilâ Osman el-Bettî*, *el-Vasıyye*. Onun ictihadlarında delil olarak kullandığı hadisler de öğrencileri tarafından derlenmiş ve *Müsnedü Ebî Hanîfe* adıyla kendisine nispet edilmiştir.

Ebû Hanîfe fıkhî konuları, ictihad şûrâsı veya fıkıh akademisi olarak nitelendirilebilecek geniş katılımlı ilmî toplantılarda müzakereye açar, uzun süren tartışmalardan sonra ulaşılan hükmü, öğrencileri eliyle kitaplaştırırdı. Bu kitaplar içinde Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî tarafından kaleme alınan ve mezhebe nispetinde kuşku bulunmayan altı metin "Zâhiru'r-Rivâye" veya "Mesâilü'l-Usûl" diye isimlendirilmiş ve mezhebin ana kaynaklarını oluşturmuştur. Yine eş-Şeybânî'ye ait olan ama bu ölçüde kabul görmeyen diğer bazı metinlere de "Nâdiru'r-Rivâye" veya "Mesâilü'n-Nevâdir" denmiştir. Her iki gruba ait metinler şunlardır:

Zâhiru'r-Rivâye/ Mesâilü'l-Usûl	Nâdiru'r-Rivâye/Mesâilü'n-Nevâdir
el-Asl (el-Mebsût)	el-Keysâniyyât
el-Câmiu's-Sağîr	er-Rakkıyyât
el-Câmiu'l-Kebîr	el-Cürcâniyyât
es-Siyeru's-Sağîr	el-Hârûniyyât
es-Siyeru'l-Kebîr	Ziyâdâtü'z-Ziyâdât
ez-Ziyâdât	

Hem mezhebin hoca silsilesini, hem de bunların özellikli rollerini gösteren şu tasvir, mezhepte yaygın olarak dile getirilmiştir: Fıkhı Abdullah b. Mes'ûd ekti, Alkame suladı, İbrahim en-Nehaî hasadını yaptı, Hammâd harmanını kaldırdı, Ebû Hanîfe öğüttü, Ebû Yûsuf hamur yaptı, Muhammed onu pişirip ekmek haline getirdi. Diğer insanlar da işte bu ekmeği yiyorlar.

Bu cümleden de sezileceği üzere Hanefî mezhebini, sadece Ebû Hanîfe'nin görüşlerinden oluşan bir mezhep olarak düşünmemek gerekir. Mezhebin oluşumunda Kûfe fıkıh okulunun Ebû Hanîfe'den önceki ve sonraki pek çok imamının katkısı vardır. Hatta sonraki bazı Hanefî fakihler, mezhep görüşlerinin nispetinde şöyle bir oranlama yaparlar: Hanefî doktrinindeki hükümlerin üçte biri İmam-ı A'zam'a, geriye kalan üçte ikisi İmam Ebû Yûsuf ve Muhammed eş-Şeybânî'ye aittir.

Mezhep içindeki bu görüş zenginliğini ve aidiyetlerini ifade için Hanefî literatüründe bazı formül nitelemeler de geliştirilmiştir: Buna göre "el-İmam" ile Ebû Hanîfe, "eş-Şeyhayn" ile Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf, "el-İmâmeyn" veya "es-Sâhibeyn" ile Ebû Yûsuf ve Muhammed, "et-Tarafeyn" ile Ebû Hanîfe ve Muhammed, "Eimmetünâ es-Selâse" ile de Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed kastedilmiştir.

Ebû Hanîfe ve dolayısıyla Hanefî mezhebine yöneltilen en önemli tenkit, onların hadis-sünnet malzemesine gereken önemi vermedikleri, reyi önceledikleri ve istihsâna sık başvurdukları iddiasıdır. Ebû Hanîfe'nin kendisine ait yukarıdaki sözünden de anlaşılacağı üzere bu eleştiri çok haklı değildir. Bütün fıkıh ekollerinde olduğu gibi Hanefîlerde de Sünnet, Kur'ân ile birlikte aslî delildir ve ilk kaynaktır. Onun göz ardı edilmesi düşünülemez. Hatta senedinde kopukluk olan mürsel ve mevkûf rivayetler bile, gerekli diğer şartları taşıması halinde reye/

kıyasa öncelenir. Böyle olduğu içindir ki Ebû Hanîfe, Kûfe fıkıh medresesinde mutlaka muhaddisleri bulundurur ve onların rivayetlerini dinlerdi. Kendisi de üstatlarından duyduğu dört bin kadar rivayeti ictihadlarında değerlendirmiştir. Öyle ki, Ebû Hanîfe'nin kullandığı hadis-sünnet verileri öğrencileri tarafından yirmi ayrı müsnedde bir araya getirilmiştir.

Fakat şu kadarı var ki, Hanefîler, daha önce ehl-i rey ekseninde dile getirildiği gibi, rivayetleri çok incelikli bir sıhhat süzgecinden geçirmişlerdir. Râvîsi fakih olmayan âhâd hadisleri Kur'ân'ın genel hükümleriyle, fıkhî düşüncenin yerleşik genel kurallarıyla, müslüman toplumun bilip uyguladığı ma'rûf/meşhur sünnetle ve aklın vazgeçilmez ilkeleriyle birlikte değerlendirmişler; arada bir uzlaşmazlık gördüklerinde, o âhâd rivayeti değil de daha kuvvetli buldukları ikincileri tercih etmişlerdir. Bu yöntem doğal olarak bazı rivayetleri devre dışında tutma sonucunu doğurmuştur. İşte bu durum bazılarınca yanlış algılanmış ve kategorik bir hadis-sünnet karşıtlığı gibi değerlendirilmiştir.

Kendi düşüncelerine ve önceliklerine göre reye ve istihsâna kolayca başvurdukları eleştirisine gelince, bu konuda fıkhın kaynaklarını ele aldığımız ünitenin kıyas ve istihsân başlıklarına tekrar bakılmasına işaretle yetineceğiz.

Benimseyenlerin sayısı itibariyle günümüz İslâm dünyasının en büyük fıkıh mezhebi olan Hanefî mezhebi, Türkiye'den Rusya ve Doğu Türkistan'a Türklerin yaşadığı yerlerde, Balkanlar'dan Pakistan, Afganistan, Hindistan ve Uzak Doğu'ya çok geniş bir coğrafyaya yayılmıştır.

2. Mâlikî Mezhebi

Medîne fıkhını tedvin edip Hicaz ekolünü sistemleştiren Mâlik b. Enes adına kurulmuştur. Yemenli bir ailenin çocuğu olarak 93/712 yılında Medîne'de doğan Mâlik b. Enes, hac veya umre için Mekke'ye gidişlerinin dışında hiç ayrılmadığı Medîne'de 179/795 yılında vefat etmiştir. Abdurrahman b. Hürmüz el-A'rec, Rebîatü'r-rey, İbn Şihâb ez-Zührî, İbn Ömer'in azatlısı Nâfi, Ebu'z-Zinâd ve Eyyûb es-Sahtiyânî gibi hocalardan hadis almış ve fıkıh öğrenmiştir. Bu arada Ebû Hanîfe, Leys b. Sa'd, Ebû Yûsuf ve Muhammed eş-Şeybânî ile de görüş alışverişinde bulunmuş, özellikle üç yıl kadar beraber olduğu Muhammed eş-Şeybânî'den Irak fıkhını öğrenmiştir.

Fıkıh tarihinde, yazarına nispeti kesin olarak bize ulaşan ilk kapsamlı fıkıh-hadis eseri olarak bilinen *el-Muvatta* ile görüşlerini ortaya koyan İmam Mâlik'in mezhebi, öğrencileri eliyle sistematik bir yapıya kavuşup yaygınlaşmıştır. Abdullah

b. Vehb, Abdurrahman b. Kâsım, Eşheb el-Kaysî, Abdullah b. Abdilhakem, Esed b. Furât ve İbnü'l-Mâcişûn önde gelen öğrencileridir. Bunlar arasında Abdurrahman b. Kâsım (ö. 191/806) onun baş öğrencisi konumunda olup Esed b. Furât (ö. 213/828) ile birlikte mezhebin tedvininde en önemli rolü oynamıştır.

Hadis rivayeti, örf olarak yaşayan asr-ı saâdet uygulamaları ile sahâbe ve tâbiûn tatbikatı bakımından çok zengin bir mirasa sahip olan Medîne muhitinde yetiştiği, bu kaynaklara çok önem verdiği ve farazî fıkıhtan uzak durduğu için İmam Mâlik birçoklarınca ehl-i hadis içerisinde değerlendirilmiştir. Fakat o, hakkında nas veya rivayet bulunmayan konularda kıyas, istihsân, istıslâh ve sedd-i zerâi gibi yöntemleri kullanmaktan geri kalmamıştır. Hatta öyle ki, bazı Mâlikî kaynakları onu rey ve kıyasta emîrulmü'minîn olarak nitelemiş ve ondan "İlmin onda dokuzu istihsândır" sözünü nakletmişlerdir. İşte bu yönüyle de bazıları onu ehl-i rey arasında saymıştır. Fakat bu iki ekol ile ilgili olarak Tâbiûn dönemi başlığı altında söylediklerimiz ile ana eğilim ve genel karakter itibariyle baktığımızda İmam Mâlik'i Hicaz ekolü, dolayısıyla ehl-i hadis içinde değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Mâlikî mezhebinin delil anlayışını şöyle sıralamak mümkündür: Kur'ân, Sünnet, icmâ, Medîne ehlinin ameli, kıyas, akılla kavranamayan alanlardaki sahâbe görüşleri, mesâlih-i mürsele, istıshâb, örf ve âdet, sedd-i zerîa ve istihsân.

Bu deliller arasında Mâlikîlere özgü olması dolayısıyla en dikkat çekici olanı, kuşkusuz "Medîne ehlinin ameli"dir. "Amelü ehli'l-Medîne" veya kısaca "amel" olarak belirtilen ve tebe-i tâbiîn dönemine kadarki zaman dilimi içerisinde Medînelilerin üzerinde ittifak ettikleri fıkhî görüş ve uygulamalar anlamına gelen bu delil, Mâlikîlerce şöyle temellendirilmiştir:

Kur'ân-ı Kerîm'in hüküm ayetleri Medîne'de inmiş ve ilk defa orada uygulanmıştır. Kur'ân'ı beyan eden Sünnet yine burada vârid olmuş ve bütün bu uygulamalar bilgi, görgü, kültür ve örf olarak nesilden nesile miras olarak aktarılmıştır. İşte bu yönüyle Medîne ehlinin ameli, naklî bir icmâ değeri taşır. Naklî icmâ da esasen mütevâtir sünnet gücüne sahiptir. Hal böyle olunca Medîne ehlinin ameli, bununla uyumlu olmayan haber-i vâhid ve kıyasa tercih edilir. Bir başka deyişle Medîne halkının örfüne aykırı olan hadis ile amel edilmez.

Söz buraya gelmişken şu noktayı da belirtelim: İmam Mâlik bir hadis ile amel etmek için hadisin senet/râvî incelemesiyle yetinmez. Eğer hadis, haber-i vâhid ise onun amelü ehli'l-Medîne'ye ters düşmemesi şartı yanında,

dinin genel ilkelerine aykırı olmaması, maslahat ile çelişmemesi, tevâtür yoluyla rivayet edilmesi gereken hususlarla (umûmü'l-belvâ) ilgili olmaması şartlarını da arar.

Mâlikî mezhebinde önemli yeri olan bir başka yöntem, *istıslâh* yani *mesâlih-i mürsele* ile hüküm vermektir. Hakkında dinin ne itibar ettiği ne de reddettiğine dair delil bulunan maslahat ile hüküm verme işleminin adı olan istıslâhın, sistematik ve metodik olarak ilk defa İmam Mâlik tarafından kullanıldığı söylenmektedir.

Başlangıçta Hicaz ve Mısır'da, sonra Kuzey Afrika ve Endülüs'te yayılan Mâlikî mezhebi günümüzde genel olarak Afrika kıtasında benimsenmiş durumdadır.

3. Şâfiî Mezhebi

Kureyş kabilesine mensup olan Muhammed b. İdris eş-Şâfiî tarafından temelleri atılmıştır. İmam Şâfiî 150/767 yılında Gazze'de doğmuş, Mekke'de büyümüş, ilim tahsil etmek amacıyla Medîne, San'â ve Bağdat'da uzun yıllar kalmış, 200/815 yılı başlarında Mısır'a taşınmış ve 204/819 yılında Kahire'de vefat etmiştir.

Gerek ehl-i hadis gerek ehl-i reye mensup birçok âlimden dersler alan İmam Şâfiî'nin bu iki ekolü kendisinde birleştirdiği söylenir. Hocaları arasında Süfyân b. Uyeyne, Mâlik b. Enes, Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, İbn Uleyye, Abdülvehhâb es-Sekafî gibi her iki ekolden âlimlerin bulunuşu, özellikle uzun yıllar İmam Mâlik'ten Medîne fıkhını, Muhammed eş-Şeybânî'den Irak fıkhını öğrenmesi bu yoruma zemin hazırlamaktadır. O ayrıca Şam fakihi Evzâî'nin mezhebini onun öğrencisi Ömer b. Seleme'den, Mısır fakihi Leys b. Sa'd'ın mezhebini onun öğrencisi Yahya b. Hassan'dan tahsil etmiştir.

Şâfiî mezhebinin oluşumunda İmam Şâfiî'nin Mısır'a yerleştiği 200/815 yılı, dönüm noktasını teşkil etmektedir. Hocası İmam Mâlik'in 179/795 yılındaki vefatından sonra bağımsız bir müctehid olarak ilmî faaliyetlerini sürdüren Şâfiî 184-199 (800-815) yılları arasında kendine özgü fıkıh anlayışını ve ictihadlarını tedvin etmiştir. *el-Hucce* veya *el-Mebsût* ismini verdiği ve ne yazık ki günümüze ulaşmayan eserinde topladığı Irak dönemi görüşlerine *mezheb-i kadîm* veya *kavl-i kadîm* demiştir. Hayatının son dört yılını geçirdiği Mısır'da görüşlerinin önemli bir kısmından vazgeçmiş ve mezhebini adeta yeniden oluşturmuştur. İşte *el-Üm* adlı eseriyle bize ulaşan bu istikrar kazanmış son ictihadlarına *mezheb-i cedîd* veya *kavl-i cedîd* denmiştir.

Bu görüş değişikliğinde kaynak ve yöntem teorisi yani usûl alanındaki fikrî gelişiminin, yeni bilgi kaynaklarına ulaşmış olmasının, İmam Mâlik'in *el-Muvatta*'ının duygusal etkisinden kurtulmuş olmasının, Mısır'ın yerel şartlarının, tecrübe ve melekesinde meydana gelen artışın rolü olduğu söylenmiştir. Mezhep içinde, muhtemelen delilinin daha kuvvetli olduğu gerekçesiyle çok az (bazılarına göre 3, diğer bazılarına göre 21) meselede kavl-i kadîm ile amel edilmiş, bunun dışında kadîm görüşün tercihi câiz sayılmamıştır. İmam Şâfiî'den herhangi bir kavil nakledilmeyen konularda mezhep müctehidleri onun usûlüne uygun olarak ictihad etmişler ve hüküm tahrîcinde bulunmuşlardır. Sonraki mezhep müctehidlerinin bu ictihad ve tahrîclerine Şâfiî literatüründe *vecih* (çoğulu: evcüh-vücûh) denmiştir.

Birçok öğrenci yetiştiren İmam Şâfiî'nin Bağdat dönemindeki talebesi arasında Ebû Sevr, Ahmed b. Hanbel, Kerâbîsî ve Za'ferânî; Mısır döneminde ise Büveytî, Müzenî ve Rabî b. Süleyman el-Murâdî onun görüşlerinin yazımı ve intikalinde önemli roller oynamışlardır. Şâfiî'ye yetişmemekle beraber onun öğrencilerinden Şâfiî fıkhını öğrenen Ebu'l-Abbas İbn Süreyc (ö. 306/918) mezhebin sistematik teşekkülü ve yayılmasında büyük rol oynamış ve bu sebeple eş-Şâfiiyyü's-Sağîr (Küçük Şâfiî) sıfatıyla anılmıştır.

İmam Şâfiî'nin fıkıh tarihindeki çok önemli bir özelliği de, fıkıh usûlü alanında günümüze ulaşan ilk kitabın yazarı oluşudur. *er-Risâle* ismini taşıyan kitap, Mısır'dayken kaleme alınmış olması dolayısıyla onun kaynak ve yöntem teorisine ilişkin nihai görüşlerini sunmaktadır. Buna göre Şâfiî mezhebinin delil sıralaması Kitap, Sünnet, icmâ ve kıyas/ictihad şeklindedir.

Şâfiî, hadisin kabulü için senedinde kopukluk olmamasını ve sika râvîlerce nakledilmiş olmasını yeterli bulur. *Haber-i hâssa* diye nitelendirdiği haber-i vâhid, sahih olması kaydıyla, hüküm kaynağı olma bakımından Kur'ân ile eşdeğer kuvvete sahiptir. Hanefî ve Mâlikîlerde olduğunun aksine, kabulü için başka herhangi bir şart aranmaz. Buna karşılık muttasıl olmayan, yani senedinde kopukluk olan mürsel-maktû rivayetler, başka tariklerden müsned biçimleri tespit edilmediği sürece delil olamaz. Sahih hadisin bulunmadığı durumlarda sahâbî kavline müracaat edilir. Eğer o konuda ashâbın ittifakı varsa bu, bağlayıcı bir icmâ olarak değerlendirilir. Sahâbiler arasında görüş ayrılıkları varsa o takdirde ilk üç delile uyanı veya kıyas açısından daha doğru görüneni diğerlerine tercih edilir. Muvâfık ya da muhalif oluşu tespit edilemeyen sahâbî kavilleri ise ancak dört temel kaynakta bir hüküm bulunmaması halinde kabul edilir.

İmam Şâfiî kıyasla sınırlı bir ictihad anlayışına sahip bulunduğu için Kitap, Sünnet ve icmânın ardından gelen son delilin kıyas olduğunu söylemiştir. Ona göre fıkhı ilgilendiren her olayın mutlaka bir çözümü vardır. Bu çözüm de ya bizzat nasların lafzında ya da onların delâletinde bulunmaktadır. Delâlet ise kıyas ile tespit edilir. Kıyasa gelince o, ya ortak illetten hareketle yapılır (kıyâsü'l-ille) veya genel benzerlikten hareketle yapılır (kıyâsü'ş-şebeh). Öyle veya böyle kıyas ile çözülemeyecek mesele olmadığından bu dört delilin dışındaki diğer deliller makbul değildir.

Günümüzde Şâfiî mezhebi, benimseyenlerinin sayısı itibariyle Hanefî mezhebinden sonra ikinci sırada gelmektedir. Mezhep özellikle Ortadoğu, Mısır, Doğu Afrika, Doğu ve Güneydoğu Anadolu, Endonezya ve Malezya'da yayılmış durumdadır.

4. Hanbelî Mezhebi

Ehl-i hadisinin en önemli temsilcilerinden bir olan Ahmed b. Hanbel'in ismi etrafında kurulmuştur. Kendi döneminde fakih kimliğinden çok, muhaddis olarak tanınan Ahmed b. Hanbel 164/780 yılında Bağdat'ta doğmuş, orada yetişmiş, hadis tahsilini tamamlamak üzere Kûfe, Basra, Mekke, Medîne, Suriye ve Yemen'de uzun süre kalmış, halife Me'mûn ve Mu'tasım dönemlerinde "Halku'l-Kur'ân" tartışması dolayısıyla yaşanan olaylarda (mihne) uzun süre hapsedilip işkence görmüş ve 241/855 yılında Bağdat'ta vefat etmiştir.

Huşeym b. Beşîr, Süfyan b. Uyeyne, Yahya b. Saîd el-Kattân, Abdurrahman b. Mehdî, Ebû Yûsuf, Şâfiî, Vekî b. Cerrâh ve Abdurrazzâk b. Hemmâm başta olmak üzere birçok hocadan hadis ve fıkıh öğrenmiştir. Neredeyse bütün mesaisini hadis-sünnet rivayetlerini öğrenme, ezberleme, anlama ve nakletmeye veren Ahmed b. Hanbel'in bizzat kaleme aldığı veya yazdırdığı kapsamlı bir fıkıh eseri yoktur. Kaldı ki o, ictihad ürünü olan fıkıh hükümlerinin Kitap ve Sünnet'in yerine geçeceği endişesiyle kendisinden fetva nakledilmesine de ısrarla karşı çıkmıştır. Ömrünün sonlarında bu katı tutumu esneyince görüşleri, öğrencileri ve oğulları tarafından *Mesâil* isimli kitaplarda derlenmeye başlamıştır. Bu derlemeler vefatından sonra da devam etmiş ve adı etrafında oluşturulan kolektif fıkhî birikim Hanbelî mezhebi olarak isimlendirilmiştir.

Mezhebin ilk oluşumunda Ahmed b. Hanbel'in iki oğlu Salih ve Abdullah ile öğrencileri İshak b. Mansur el-Kevsec, Ebû Bekir el-Esrem, Abdülmelik el-Meymûnî, Ebû Bekir el-Merrûzî, Harb el-Kirmânî, İbrahim el-Harbî büyük rol

oynamıştır. Bir sonraki nesilden Ebû Bekir el-Hallâl (ö. 311/923) dağınık durumdaki fıkhî birikimi *el-Câmi* isimli kitapta toplamış, bu eser Ömer el-Hırakî (ö. 334/946) ve Ğulâmu'l-Hallâl (ö. 363/974) tarafından geliştirilmiş, böylece mezhebin kuruluşu tamamlanmıştır.

Bizzat imamının gözetiminde oluşturulmadığı ve aynı konuda ondan çok farklı görüşler nakledildiği için Hanbelî mezhebinde pek çok hüküm çelişkisine rastlanır. Öyle ki, "Her fıkhî konuda Ahmed b. Hanbel'e nispet edilen en az iki görüş vardır" sözü darb-ı mesel haline gelmiştir. Mesela Ebû Ya'lâ el-Ferrâ (ö. 458/1066), İbn Kudâme (ö. 620/1223) ve Merdâvî (ö. 885/1480) gibi sonraki fakihler, bu görüşler arasından en sahih olanını belirlemeye çalışmışlar ve bunun için ayrıntılı eserler yazmışlardır. Aynı şekilde mezhep imamı ile sonraki fakihlerin yaklaşımlarını ayırmak için hükümler arasında rivâyât, tenbîhât ve evcüh isimleriyle sınıflamalar yapılmıştır. Ahmed b. Hanbel'e ait görüşler *rivâyât*, yine onun açıkça söylememekle beraber işaret ettiği hükümler *tenbîhât*, diğer Hanbelî müctehidlerin onun usûlünü takip ederek çıkardıkları hükümler ise *evcüh* olarak gruplandırılmıştır.

Ahmed b. Hanbel'in delil sıralaması şöyledir: Kitap, Sünnet, sahâbe kavli, hasen anlamındaki zayıf ve mürsel hadis, kıyas. Bu delillerden birisiyle hükme ulaşılamamışsa o zaman istıshâb, istihsân, mesâlih-i mürsele, siyaset-i şer'iyye (dinin amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla alınan tedbirler), sedd-i zerîa gibi yöntemler ve şer'u men kablenâ gibi kaynaklar devreye girer.

Fark edileceği üzere bu sıralamada icmâ görünmemektedir. Bunun sebebi Ahmed b. Hanbel'in icmânın mahiyeti ve varlığına yönelik kuşkularıdır. Ona göre icmâ, "herhangi bir konuda, farklı görüşü olan birisinin bilinmemesi" demektir. Farklı görüşü olanın bilinmemesi ise o konuda gerçekten bütün müctehidlerin ittifak ettiğini ve hayatları boyunca da bu fikirlerinden dönmedikleri için ittifakın kesinleştiğini göstermez. Hal böyle olunca icmânın varlığı, sırf bir iddiadan öteye geçemez. Sırf bir iddiaya bakarak da rivayet terk edilmez. Diğer taraftan, bir icmânın tartışmasız ve şüphesiz bir biçimde gerçekleşmiş olması halinde ise asıl delil, icmâ değil, bunun dayanağı olan Kitap veya Sünnet nassıdır. Bununla birlikte sonraki Hanbelî usûlcüler, gerçekleşmesi halinde icmânın Kitap ve Sünnet'in ardından bağlayıcı bir delil olacağını kabul etmişlerdir.

Hanbelî mezhebi günümüzde Suudi Arabistan, Katar ve diğer körfez ülkelerinde hâkim olup az da olsa Ortadoğu, Kuzey Afrika ve Hindistan'da takip edilmektedir.

5. Zâhirî Mezhebi

Günümüzde canlı olmamakla birlikte fıkıh tarihindeki önemi dolayısıyla tanınması gereken bu Sünnî mezhebin temelleri, Ebû Süleyman Dâvûd b. Ali (ö. 270/883) tarafından atılmıştır. Mezhebin usûlünü yazan ve bir bütün halinde sistematize edip delillendiren kişi ise, mezhebin ikinci imamı sayılan Endülüslü İbn Hazm'dır (ö. 456/1064). Daha önceleri kurucusunun adıyla Dâvûd ez-Zâhirî mezhebi diye anılan oluşum, İbn Hazm'dan sonra, mezhebe diğerlerinden ayırıcı kimliğini kazandıran yöntemin adıyla yani Zâhiriyye diye anılır olmuştur.

İbn Hazm'ın sistemleştirmesine göre hükümlerin dört kaynağı vardır: Kur'ân'ın nassı, Hz. Peygamber'in sözünün nassı, âlimlerin icmâsı ve ed-delîl. Bu mezhebe göre Kur'ân ve Sünnet nasları, Allah katından gelen birer vahiydir ve bu yönüyle aynı derecede bağlayıcıdır. Allah'ın dini zâhir olup onda bâtın olmadığı için nasların zâhiriyle yani lafzî/sözlük manalarıyla hüküm verilir. Zâhir, ancak başka bir nas veya icmâ ile terk edilebilir. İllet esaslı kıyas ile birlikte diğer tevil ve rey yöntemleri reddedilir. Âdil ve fakih râvîlerin Hz. Peygamber'e kadar muttasıl bir senetle rivayet ettikleri haber-i vâhid bağlayıcıdır. İcmânın desteklediği mürsel hadis de delildir. Gerçek icmâ, sahâbenin zarûrât-ı dîniyye (dinin asılları ve şiarları) üzerindeki görüş beraberliğidir. Sonraki dönemlerde meydana gelen ittifaklar, bağlayıcı bir delil olarak kabul edilmekle birlikte "icmâ" terimiyle ifade edilmezler.

Kısaca dil ve mantık kuralları diye anlatabileceğimiz *ed-delîl*, yine nassa ve icmâya bağlı bir istidlâl çeşididir. Burada ya aklın tartışılmaz apaçık yargıları (bedîhâtü'l-akl) ya da sağlam duyuların kesin verileri (evâilü'l-his) esas alınır. Mesela nassın hükmünün devamlılığı anlamında *istıshâbu'l-hâl*, söylenenin en azıyla hüküm vermek anlamında *el-ahzü bi ekalli mâ kîle*, önermelerden sonuca varma şeklindeki *mantıkî kıyas* (analoji), sözün başka bir şeyi gerekli kılması anlamında *telâzüm*, elenen ihtimallerden sonra geriye kalan ile hükmetmek anlamında *zarûretü'l-akl*, Zâhirîlerin *ed-delîl* kapsamındaki istidlâl yöntemlerinden bazılarıdır.

Gerek kaynaklarının sınırlı olması dolayısıyla gelişmelere cevap verememeleri, gerek hukuk mantığına sığmayan görüşleri sebebiyle benimseyenleri neredeyse kalmamış olan mezhebin ilginç hükümlerinden bazıları şunlardır:

Evlenmeye güç yetirebilen bir erkeğin evlenmesi farzdır. Evlenemiyorsa sık sık oruç tutmalıdır. Yargı yoluyla boşanmak (tefrîk) geçerli değildir. Özellikle dede yetimi (babası ölen ve amcası olduğundan dolayı dedesinden miras alamayan

torun) olmak üzere yakın akrabaya vasiyette bulunmak farzdır. Fazlalık/alışveriş faizi (ribe'l-fadl) sadece nasda sayılan altı maddede söz konusudur. Kadının gıyabındaki boşama geçerli değildir. Kadınlar her konuda yargıçlık yapabilirler.

B. Sünnî Olmayan Mezhepler

1. Ca'ferî Mezhebi

İmâmiyye/İsnâaşeriyye şîasının benimsediği fıkıh mezhebidir. Kurucu ismi, oniki imamın altıncısı olan ve daha çok Ca'fer es-Sâdık diye bilinen Ebû Abdillah Ca'fer b. Muhammed el-Bâkır'dır. 80/699 yılında Medîne'de dünyaya gelip 148/765 yılında yine orada vefat eden Ca'fer es-Sâdık baba tarafından Hz. Ali, anne tarafından Hz. Ebû Bekir'e dayanmaktadır. Dedesi Ali Zeynelâbidîn ve babası Muhammed el-Bâkır'dan ilk bilgilerini alan Ca'fer es-Sâdık, anne tarafından dedesi ve aynı zamanda Hz. Ebû Bekir'in torunu olan Kâsım b. Muhammed b. Ebî Bekir, Ubeydullah b. Ebî Râfi, Urve b. Zübeyr, İkrime el-Berberî, Atâ b. Ebî Rabâh, Nâfi ve Zührî'den rivayette bulunmuştur. Aralarında Ebû Hanîfe, Mâlik b. Enes, Süfyân es-Sevrî'nin de bulunduğu pek çok müctehid kendisinden hadis dinlemiş ve onunla ilmî müzakerelerde bulunmuşlardır.

İmâmiyyeye göre hatadan korunmuş (ma'sum) oldukları ve bir tür ilâhî desteğe/ilhama mazhar oldukları için oniki imamın bütün söz ve davranışları sünnet hükmündedir. Mezhep, işte bu imamlara nispet edilen rivayetlerden ve bu rivayetlere dayanan ictihadlardan oluşmuştur. İlk imam Hz. Ali (ö. 40/661) ile onikinci imam Muhammed el-Mehdî (gaybûbet tarihi: 260/873) arasında yaklaşık 200 yıl; temel klasiklerinin yazıldığı V. yüzyıla kadar 400 yıl geçtiği ve sonrasında da oluşum devam ettiği için Ca'feriyye mezhebi yüzyıllar süren bir zaman diliminde gelişip şekillenmiştir.

Ca'feriyye içinde Ahbârîler ve Usûlîler diye isimlendirilen iki ayrı eğilim vardır. Ahbârîler yalnızca imamlardan yapılan nakilleri esas almış, rey ve kıyası reddetmişlerdir. Usûlîler ise bu rivayetler yanında genel nasları özel durumlara uygulama, rivayetin olmadığı yerde istıshâba başvurma, mantıkî kıyas, aklın kesin yargılarına göre hüküm vermek gibi yollarla ictihad yapılabileceğini kabul etmiştir.

Bu köklü metodolojik ihtilafın yanında Ca'ferîlerin genel olarak kabul ettiği delillerden birisi "sîratü'l-müteşerri'a", diğeri "el-usûlü'l-ameliyye"dir. Birincisi ile dindar şîî toplumun benimseyip kitleleştirdiği düşünce ve davranış kalıpları kastedilmiştir. Uygulama ilkeleri/davranış kuralları diye çevirebileceğimiz ikincisi ile de *istıshâb* (değiştiğine dair delil olmadığı sürece var olan niteliğin

devamlılığı), *berâet* (delilin olmadığı yerde hükmün de olmaması), *ihtiyat* (delilin olmadığı yerde muhtemel bütün seçenekleri uygulamak), *tahyîr* (bütün seçenekleri uygulamanın mümkün olmadığı durumlarda dilediğini tercih) gibi yöntemler kastedilmiştir.

Zaman zaman farklı düşünenler çıkmakla birlikte Ca'ferîlerdeki genel tutum, râvîleri arasında sünnîlerin de bulunduğu haber-i vâhidlerin benimsenmemesi, ittifak eden müctehidlerin arasında masum imamın bulunmadığı icmânın delil olarak kabul edilmemesi ve illet merkezli kıyâsın (kıyâsü'l-ille veya el-kıyâsü'l-usûlî) reddedilmesi yönündedir.

Burada son olarak Ca'feriyyenin sünnî mezheplere muhalif olarak benimsediği bazı fıkhî hükümleri hatırlatalım:

Abdestte ayakların üst kısmını bileklere kadar mesh etmek abdestin farzlarındandır. Abdestte ayakları yıkamak caiz olmadığı gibi mestler üzerine yapılan mesh de geçerli değildir. Ezanda "Hayye ale'l-felâh"tan sonra "Hayye alâ hayri'l-amel" cümlesinin eklenmesi gereklidir; zira bu ezanın bir parçasıdır. "Eşhedü enne Aliyyen Veliyyullah" cümlesi ise ezan metninin parçası olmamakla birlikte, şehadet cümlelerinden sonra okunması müstehaptır. Secde sadece yeryüzü cinsinden olan şeylerle, yerin bitirdiği ancak yenmeyen şeylerin üzerine yapılabilir. Yenilen ve giyilen maddelerle, halı, yaygı, kilim, altın, gümüş, akik, firuze gibi şeylerin üzerine secde edilmez. Farz namazlarda Fatiha'dan sonra tam bir sûre okunur. İki ayrı sûre veya bir sûrenin sadece bazı âyetleri okunamaz. Altın ve gümüş ancak para olarak basılmışsa zekâta tâbi olur. Ticaret mallarından elde edilen kârdan humus (kazancın beşte biri) verilir. Müt'a nikâhı caizdir. Erkek, eşinin halası veya teyzesini, rızalarını almak şartıyla eşiyle aynı nikâhta bir araya getirebilir. Bid'î (sünnete uygun olmayan) boşama ile iki şahit huzurunda yapılmayan boşamalar geçerli değildir. Ehl-i kitap kadınlarla evlenmek câiz değildir. Kadınlar taşınmaz malların kendisine değil, bedeline mirasçı olabilir.

Ca'feriyye mezhebi günümüzde İran, Azerbaycan, Güney Irak'ta, Bahreyn başta olmak üzere bazı Körfez ülkelerinde uygulanmaktadır.

2. Zeydî Mezhebi

Şîa'nın Ehl-i Sünnet'e en yakın fırkası olan Zeydiyye'nin benimsediği fıkıh mezhebidir. Hz. Hüseyin'in torunu Zeyd b. Ali Zeynelâbidîn'e (ö. 122/740) nispetle kurulmuştur. Babasından ve kardeşi Muhammed el-Bâkır'dan Ehl-i Beyt fıkhını öğrenen Zeyd b. Ali'nin fıkhı, kendisinden sonra oğulları ve öğrencileri tarafından derlenmiştir.

Yakın öğrencileri arasında bulunan Ebû Hâlid Amr b. Hâlid el-Vâsıtî (ö. 150/767) ondan *Mecmûu'l-Hadîs* ve *Mecmûu'l-Fıkh* adında iki kitap rivayet etmiş, sonradan birleştirilen bu iki kitap *el-Mecmûu'l-Kebîr* diye anılmıştır. Zeydîler arasında kaynak olarak değer verilen bu kitabın gerçekten Zeyd b. Ali'ye aidiyeti hakkında ciddi kuşkular ileri sürülmüştür. Ebû Hâlid'in bu kitapları tek başına rivayet etmiş olması ve kendisinin rivayet ilimleri ölçütlerine göre güvenilmez sayılması bu kuşkuların başında gelmektedir. İleri sürülen itirazlar ile bunlara verilen cevaplardan ve kitabın "Zeyd'e sordum; Zeyd b. Ali'nin bana babasından naklettiğine göre" şeklindeki üslûbundan öyle anlaşılmaktadır ki, Ebû Hâlid el-Vâsıtî, hocası Zeyd b. Ali'nin rivayetlerini zaptetmiş ve kendisinin mezhep içi birikimine dayanarak yaptığı bazı ilavelerle bu kitapları derlemiştir.

Ca'feriyyenin aksine Zeydîler icmâ, kıyas, istihsân ve istıslâhı kabul ederler. Genelde Şiî literatürde kullanılan ve Hz. Ali, Fatıma, Hasan, Huseyin (r. anhüm) ve bunların çocukları anlamına gelen "itrat"ın icmâı, Zeydîlerin nezdinde ayrı bir değer taşır. Akıl, naslarda ve Ehl-i Beyt örfünde herhangi bir delili veya benzeri bulunmayan konularda hüküm kaynağı olarak devreye girer. Kıyas imkânının da kalmadığı böyle bir durumda, bir şeyin iyi veya kötü olduğuna akıl karar verir. Bu karar doğrultusunda da amel gerekli hale gelir.

Furû hükümleri açısından sünnî fıkıh mezheplerine, özellikle de Hanefî mezhebine benzeyen ve günümüzde Yemen'de hâkim olan Zeydiyyenin dikkat çeken bazı hükümleri şunlardır:

Mest üzerine mesh câiz değildir. Gayri müslimin kestiği hayvanın eti yenmez. Ehl-i kitap kadınlarla evlenmek câiz değildir. Yetimin malından zekât alınmaz. Buğday, arpa ve hurma dışındaki maddelerin piyasaya arz edilmeyip saklanması ihtikâr sayılmaz. İhtikâr ancak bu üç gıdada söz konusudur. Müt'a nikahı câiz değildir.

3. İbâdî Mezhebi

Siyasî bir fırka olan Hâricîliğin ılımlı, Ehl-i Sünnet'e en yakın ve günümüze ulaşan tek kolu olan İbâdıyye'nin (الإباضية; Ebâdıyye olarak da okunur) benimsediği fıkıh mezhebidir. Başta Uman olmak üzere Batı Sahra'da (Fas), Zengibar, Hadramut ve Kuzey Afrika'nın bazı bölgelerinde halen yaşıyor olması, herhalde bu ılımlı ve dengeli karakterinden kaynaklanıyor olsa gerektir.

İbâdıyye, Abdullah b. İbâd tarafından 60/680'li yıllarda Basra'da kurulmuştur. Mezhebin oluşumunda Câbir b. Zeyd, Ebû Ubeyde Müslim b. Ebî Kerîme ve Rabîb b. Habîb'in önemli katkıları olmuştur.

İmamın seçim yoluyla başa geçirilmesi gerektiği, devlet başkanlığı (imamet) için Kureyş'ten olmak gibi soy değil; iman, ilim, zühd ve takva gibi kazanılmış ölçütlerin esas olduğu, kendilerine muhalif olan müslümanların müşrik değil, nimeti inkâr edenler anlamında kâfir olacağı, farzlardan birinin yerine getirilmemesi veya haram olan bir şeyin işlenmesi halinde imanın kaybolacağı, böyle bir kişinin nimet küfrü içinde olacağı ve tövbe etmedikçe cehennemde ebedî kalacağı, günahkâr kimse için ilahî adalet gereği şefaatin söz konusu olamayacağı gibi görüşlere sahiptirler.

Günümüzde Uman Sultanlığı'nın resmî mezhep gibi telakki ettiği İbâdıyye'nin bazı fıkhî görüşleri şunlardır: Kendileriyle savaşılan Müslümanların bıraktığı ganimetten sadece savaş araç-gereçleri helâldir. Efdalin bulunması halinde mefdûlün imameti yani daha liyâkatlisi varken ondan geride olan bir başkasının devlet başkanı olması caizdir. Gıybet ve koğuculuk gibi fiiller abdesti bozar. Vârise vasiyet yapılabilir. Recm cezası yoktur. Süt akrabalığı sadece süt anne ve süt kardeşle sınırlıdır. Azatçı velî (mevlâ'l-atâka), mirasta hisseleri belirlenmiş olan mirasçılardan (ashâb-ı ferâiz) sonra devreye girer.

V. Mezhep ve Literatür Merkezli Gelişme Dönemi (IV/X – XIII/XIX. Yüzyıllar Arası)

Birçok fıkıh tarihçisi bu yüzyıllar arasını, fıkhın duraklamaya başladığı ve belli bir mezhebi taklit etmenin benimsendiği zaman dilimi olarak görür. Bu yargıya bağlı olarak da hicrî IV-X, mîlâdî XIII-XIX. yüzyıllar arası "Duraklama ve Taklit Dönemi" başlığı altında incelenir.

Ana kaynaklara bağlı müstakil ve kurucu ictihad faaliyetinin giderek azalması, belli bir mezhebe bağlı kalınması, daha önceki ictihadlara taassup derecesinde sahip çıkılması ve taklit ruhunun derinleşmesi sebebiyle bu isimlendirmenin belli bir haklılık payı bulunmaktadır. Fakat fıkhın pek çok açıdan gelişim süreçleri dikkate alındığında bu dilimi, aynı zamanda, kavramsal-terimsel (ıstılâhî), teorik (nazarî), ilkesel (usûlî-kavâidî) ve literal (kitabî) gelişimin zirvede olduğu; diğer taraftan fıkhın sistematik gelenekler halinde kökleştiği bir dönem olarak değerlendirmek daha doğru görünmektedir.

Gerçekten bu dönem, aşağıdaki literatür başlığından da izleneceği üzere, fıkıh ıstılahlarının berraklaştığı, fıkıh sistematiğinin oturduğu, mezhep görüşlerinin bu sistematik doğrultusunda delilleriyle birlikte düzenli bir biçimde kitaplaştırıldığı, yapılan şerh ve hâşiyelerle fıkhî bilginin gelenek halinde kökleştiği klasik eserlerin dönemidir.

Bununla birlikte önceki dönemlere göre gerileme sayılabilecek özellikler de yok değildir. Söz gelimi:

a. Fıkıh mezheplerini "din" gibi telâkki edip bütünüyle tek bir mezhebe bağlanma temayülü başlamıştır.

b. Taklit ruhunu besleyen bu temayül, serbest ictihada yönelik cesareti kırmıştır.

c. Gerçeği aramak yerine kendi mezhep görüşünü öne çıkarmak amacıyla uzun münazaralar yapılmış, bu da kitlelerin kendi mezhepleri dışındaki diğerlerine karşı güven duymamaları sonucunu doğurmuştur.

d. Bu nedenlerle oluşan taassup zaman zaman fitne ve tefrikaya, o da bazı bölgelerde mezhep kavgalarına yol açmıştır.

e. İctihad kapısının kapandığı iddia edilmiştir.

Aslında diğer olumsuzlukların da özeti olan bu son madde üzerinde biraz duralım.

III/IX. yüzyılın ortalarından itibaren, önceki müctehid imamlardan ve onların mezheplerinden bağımsız olarak ictihadda bulunulamayacağı görüşü yaygınlaşmıştı. Giderek kökleşen bu görüş, IV/X. yüzyılın başlarından itibaren "İctihad kapısı kapanmıştır" yargısıyla literatüre yansımıştır. Söz konusu yargının gelişmesinde:

a. Önceki müctehid imamların karizması,

b. Hüküm çıkarma konusundaki kaynak ve yöntem bilgisinin (usûlü'l-fıkh) artık değişmeyecek ölçüde belirlenmiş olması,

c. Hukuk güvenliğini sağlama kaygısı,

d. Mezhepler yoluyla kendiliğinden sağlanan hukuk güvenliğini kalıcı hale getirmek yönündeki duyarlılık,

e. Bir bakıma buna bağlı olarak yerleşen icmâ teorisi,

f. Yeni fethedilen yerlerin örf ve anlayışlarına karşı, mevcudu koruma refleksi,

g. Siyasî baskılara ve bid'atçi fırkalara karşı, fıkhı koruma güdüsü,

h. Yeni yorumlara ihtiyaç duyulmaması gibi sebepler etkili olmuşa benzemektedir.

Naslarla hayatın dinamizmi arasındaki bağlantıyı kuran ictihadın, hayat devam ettiği sürece canlılığını koruması gerektiği âşikârdır. Aksi halde hayatın gerisinde kalan, onu okuyamayan ve müslümanların ihtiyaçlarını dinin ilkeleri doğrultusunda çözümleyemeyen bir hukuk yapısı ortaya çıkar. Böyle bir hukukun sosyolojik geçerlilik kazanamayacağı yani toplum tarafından gönüllü olarak benimsenemeyeceği de bir başka gerçektir. Bu cümleden olarak ictihad faaliyetinin sona erdiği iddiası tutarsızdır.

Burada belirtilmelidir ki, mezheplerin yerleşmesinden sonra kurucu ve müstakil bir ictihad faaliyeti yani özgün bir usûl geliştirilerek hukukun bütün alanlarında ictihad edilmesi anlamında bir ilmî gelişim azalmakla birlikte, mezhep içi ictihadlar devam ede gelmiştir. Mezhep içi ictihad, *meselede ictihad*, *tahrîc* ve *tercih* yollarından birisiyle icra edilmiştir.

Meselede ictihad, yeni çıkan bir hukukî sorunu mezhebin yerleşik usûlüne ve kurallarına göre çözümlemektir. Tahrîc ise mezhep imamlarının ictihadlarındaki gerekçeleri tespit ederek yeni sorunları bu gerekçelere bağlayarak çözümlemektir. Tercihe gelince o, mezhep içi görüşleri inceleyerek içlerinden çözüme en uygun olanını seçmektir.

Konuyu bitirmeden önce bu dönemi "taklid ve gerileme dönemi" olarak niteleyenlerin, bunu ispat sadedinde gündeme getirdikleri bir yaklaşımı da değerlendirelim:

Hanefî mezhebinin önde gelen âlimlerinden olan Ebû'l-Hasen el-Kerhî (ö. 340/952), mezhebin dayandığı genel kuralları derlediği *er-Risâle* (*el-Usûl* diye de bilinir) isimli eserinde şöyle bir kural koymuştur: "*Ashâbımızın/Mezhebimizin görüşlerine aykırı olan her ayet, ya mensûh kabul edilir ya da tercihe hamledilir. Fakat en uygunu aralarını uzlaştırarak müevvel olduğunu kabul etmektir*". İlk bakışta mezhebi, Kur'ân'ın önüne geçiriyor ve mezhep taassubu sergiliyor gibi görünse de Kerhî'nin kasdı şudur: Bizim mezhep imamlarımız, hüküm tespiti sırasında o ayeti mutlaka görmüş ve değerlendirmiştir. Değerlendirme sonucunda o ayetle hüküm vermemiş olmaları, ya onun mensûh olması, ya da delâlet bakımından daha kuvvetli başka bir ayete dayanmaları sebebiyledir. Bu ihtimallerle birlikte en uygun tutum, söz konusu ayetin aslında başka bir konuyla ilgili olduğu yorumunu yapmaktır. Dolayısıyla bizim ashâbımız asla Kur'ân'a ters bir hüküm vermez.

Kerhî'nin sözünün böyle anlaşılması gerektiği, *er-Risâle*'sindeki hemen bir sonraki ilkeden de anlaşılmaktadır: "*Mezhebimizin görüşlerine aykırı olarak gelen her haber, neshe veya kendisine denk muârız bir delilin bulunduğuna ve*

buna bağlı olarak imamlarımızın başka bir delille amel ettiklerine veya tercih yollarından birini kullanarak tercihte bulunduklarına ya da söz konusu delilleri tevil ettiklerine hamledilir. Bunların hepsi bir delile bağlı olarak yapılabilir."

Görüleceği üzere Kerhî, nas ile mezhep çatıştığı zaman, mezhep hükmünün benimsenmesi gerektiğini ileri sürmemekte; mezhep ile çatışan nassın, mezhep imamları tarafından mutlaka incelendiğini ve gereğince amel edilmemesinin bir takım metodik sebeplere bağlı olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla bu ifade, ilkesel bir tavır alışı değil, fiilen tamamlanmış sürecin arka planını ve nasıl anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

VI. Kanunlaştırma ve Yeni İctihad Dönemi (XIX. Yüzyıl ve Sonrası)

İslâm hukukunun geçirdiği evreleri ele alırken inceleyeceğimiz son devre XIX. yüzyılın ortalarında başlayıp günümüze kadar uzanan kanunlaştırma ve yeni/çağdaş ictihad dönemidir. Hayatın gelişip değişen yüzü ve buna bağlı ihtiyaçlar, İslâm toplumlarının yüz yüze geldiği iç ve dış dinamikler, ictihadın gerekliliği yönündeki zihniyet dönüşümleri bir taraftan kanunlaştırmayı gerektirmiş, bir taraftan da ictihadın işlevselleşmesini sağlamıştır.

Kanunlaştırma (tedvin, codification), hukukun belli bir alanı ile ilgili hukuk kurallarını, iç hukuku birleştirme amacıyla kanun şeklinde derleme demektir. Bu anlamda kanunlaştırma fikri ve uygulaması da XVIII. yüzyılın ikinci yarısında başlamıştır. m.ö. XIII. yüzyılda Babil'de hazırlanan *Hammurabi Kanunları*, m.ö. V. yüzyılda Roma'da hazırlanan *On İki Levha Kanunu*, m.s. VI. yüzyılda Bizans'ta hazırlanan *Corpus Juris Civilis*, XV. yüzyılda hazırlanan *Fatih Kanunnamesi*, XVI. yüzyıldaki *Yavuz ve Kanunî Sultan Süleyman Kanunnameleri* bu anlamda, yani hukukun belli bir alanıyla ilgili mevcut hukuk kurallarını sistemli bir bütün halinde kanun şeklinde derleme anlamında birer kanunlaştırma sayılmazlar. Onlar, hukukun çeşitli kollarını ilgilendiren hükümleri bir arada sıralamaktan ibarettirler. Kaldı ki daha çok arazi, vergi, ceza ve idare gibi kamu hukuku alanını düzenleyen ve adına *örf-i padişahî* veya *örf-i münîf-i sultanî* ya da günümüzdeki kullanımıyla *örfî hukuk* denen bir birikimin ürünü olan Osmanlı Kanunnamelerinin, bütünüyle şer'î hukuk anlayışına uygun olduğu söylenemez.

Osmanlı Devletinde 1869-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa'nın (ö.1313/1895) başkanlığındaki bir heyet tarafından hazırlanan ve ilk bölümü 1869'da yürürlüğe giren *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* ile kanunlaştırma

hareketinin ilk önemli adımı atılmıştır. Böylece fıkıh tarihinde ilk defa bütünüyle şer'î hukuka dayalı, devlet iradesiyle yürürlüğe sokulan ve mahkemelerde uygulanan bir kanun hazırlanmıştır. 16 bölüm ve 1851 maddeden oluşan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, şahıs, eşya ve borçlar olmak üzere medenî hukuk ve yargılama hukuku ile ilgili hükümleri Hanefî mezhebine göre kanunlaştırmıştır. Bu kanun, İsviçre Medenî Kanunu'nun kabul edilmesiyle 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır

"Mecelle bugünkü Suriye, Ürdün, Irak, Lübnan, İsrail ve Filistin'de uygulanmış, Osmanlı Devleti'nin sona ermesinden sonra da bu ülkelerde bir süre daha yürürlükte kalmıştır. Bu uygulama Lübnan'da mülkiyet hukuku bakımından 1930, diğer hükümler açısından 1934, aynı şekilde Suriye'de mülkiyet hukuku 1930, diğer hükümler 1949, Irak'ta 1951, Ürdün'de 1977 yılına kadar devam etmiştir...Günümüzde Filistin Devleti'ni oluşturan Batı Şeria ve Gazze'de Mecelle halen mahkemelerin en fazla başvurduğu kaynaklar arasında yer almaktadır. Bunların dışında bazı hükümleriyle 1928'e kadar Arnavutluk'ta, 1945 yılına kadar Bosna Hersek'te ve 1960'lara kadar Kıbrıs'ta yürürlükte kalmıştır. Mecelle, Güneydoğu Asya'da Johore'da da (Malezya'yı oluşturan eyaletlerden biri) bir süre uygulanmıştır."[69]

Mecelle ile başlayan kanunlaştırma hareketi, hem Osmanlı Devletinde hem de ondan sonra bağımsız siyasî kimlik kazanan İslâm devletlerinde artarak devam etmiştir. Bir kısmı taslak halinde kalan, bir kısmı yarı resmî nitelik kazananları da dâhil olmak üzere bu kanun veya kararnamelerin başlıcaları şöyle sıralanabilir:

a. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (1869-1876)

b. *el-Ahkâmu'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'ş-Şahsıyye*: Mısırlı Kadri Paşa'nın (ö. 1306/1888) Mısır adalet bakanı iken hazırladığı şahıs, aile ve miras hukukunu düzenleyen bir kanun taslağıdır. Mısır hükûmeti tarafından 1875 yılında yayımlanmış ve yarı resmî bir sıfata sahip olmuştur.

c. *Mürşidü'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsan fi'l-Muâmelâti'ş-Şer'iyye*: Kadri Paşa'nın Mısır hükûmetinin isteği üzerine hazırladığı eşya ve borçlar hukukuyla ilgili kanun çalışması olup resmen yürürlüğe girmemiştir. Kadri Paşa'nın vefatından sonra 1890 yılında kitap olarak yayımlanmıştır.

---

69 Aydın, M. Akif, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", *DİA*, XXVIII, 233-234.

d. *1906 tarihli Tunus Borçlar Kanunu*: Mâlikî mezhebi esas alınarak hazırlanmıştır.

e. *Hukûk-ı Âile Kararnamesi*: Osmanlı Devleti tarafında 1917 yılında yürürlüğe sokulan aile hukukuna ilişkin kanun hükmünde kararnamedir. Hanefî mezhebi dışında diğer mezheplerden de görüşler alan Kararname, "Osmanlı Devleti'nde yaklaşık bir buçuk yıl yürürlükte kalmıştır. Buna karşılık Suriye, Ürdün, Lübnan ve Filistin gibi ülkelerde daha uzun sürelerle yürürlükte kalmış ve İslâm hukuk tarihinde kısa ömrüne rağmen önemli bir etkiye sahip olmuştur."[70]

f. *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyye Nizamnamesi*: Osmanlı Devletindeki şer'iyye mahkemelerinin yargılama usûlünü düzenlemek üzere 1917 yılında yürürlüğe giren kararnamedir.

g. Osmanlı Devletinin 1840 yılında çıkardığı *Ceza Kanunname-i Hümâyûnu* ile 1851 yılında yine ceza hukuku alanında yürürlüğe koyduğu *Kanun-ı Cedîd*'i ve 1858 tarihli *Arazî Kanunname-i Hümâyûnu* İslâmî esaslardan yararlanmakla birlikte millî-örfî karakteri daha baskın olan düzenlemelerdir.

İşte bu kanunlaştırma çalışmaları, Osmanlı sonrasına örnek teşkil etmiş ve İslâm dünyasında başlıca şu kanunlar çıkarılmıştır:

h. Mısır 1920, 1929, 1943 ve 1946 tarihli el-ahvâlü'ş-şahsıyye (şahıs, aile ve miras) kanunları ile 1943 ve 1952 tarihli vakıf kanunu,

ı. Ürdün 1951 tarihli hukuku'l-âile kanunu

i. Suriye 1953 tarihli hukuku'l-âile kanunu

j. Tunus 1956 tarihli el-ahvâlü'ş-şahsıyye mecellesi

k. Fas 1957 tarihli el-ahvâlü'ş-şahsıyye müdevvenesi

l. Irak 1959 tarihli el-ahvâlü'ş-şahsıyye kanunu

m. Pakistan 1988 tarihli Şeriat Kanunu

XIX. yüzyıldaki kanunlaştırma ve derleme çalışmalarında tek bir mezhebi esas alma usûlü benimsenmişken XX. yüzyılın başlarından itibaren birçok mezhepten istifade etme aşamasına gelinmiştir. Bu zihniyet değişiminde hem fıkıh eğitiminde gelinen seviyenin hem de karşı karşıya kalınan girift sosyoekonomik ve hukukî sorunların artık tek bir mezhebe bağlı kalınarak çözülememesinin rolü olmuştur.

---

70 bk. Aydın, M. Akif, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *DİA*, XVIII, 314-318.

Gerçekten de iç ve dış hukukî münasebetler çok artmış, klasik fıkıh kitaplarının hiç değinmediği birçok yeni olay, kurum, kavram ve ilişki biçimi ortaya çıkmıştı. Bunları karşılayabilecek yeni yöntem ve kurallar gerekli hale gelmişti. Eski dönemlerin sosyal, siyasî ve iktisadî şartları içinde elde edilmiş çözümler, yeni zamanların ihtiyaçlarına cevap veremez olmuş, bu durum da hem tek mezhebi aşan çözüm arayışlarını hem de gerektiğinde yeni ictihadlarla çözüm üretmeyi gerekli hale getirmişti. Bu vasatta taklidi kınayan ve ictihadı teşvik eden İbn Hazm (ö. 456/1064), İzzeddin b. Abdisselâm (ö. 660/1262), İbn Teymiyye (ö. 728/1328), İbn Kayyım el-Cevziyye (ö. 751/1350), Şâtıbî (ö. 790/1388), Şah Veliyullah ed-Dehlevî (ö. 1176/1762) ve Şevkânî (ö. 1250/1834) gibi klasik; Muhammed Abduh (ö. 1905), Muhammed Reşid Rıza (ö. 1935), İzmirli İsmail Hakkı (ö. 1946), Aksekili Ahmed Hamdi (ö. 1951) gibi yeni müelliflerin eserlerinin yayımlanıp okutulması da sürecin bu yönde seyrine katkı sağlamıştır.

Günümüzde İslâm hukuku, 57 İslâm ülkesinde ve tüm dünyada sayıları iki milyarı bulan müslümanlar nezdinde şu veya bu ölçüde hayatı düzenleyen bir kurum olarak yaşadığı için İslâm hukuku çalışmaları da kesintisiz olarak devam etmektedir. Söz konusu çalışmalar bazı ülkelerde kanunlaştırma boyutunda, bazılarında akademik düzeyde, ama hemen hemen tümünde istiftâ-iftâ düzleminde seyretmektedir. Belli bir mezhebe taassup derecesinde bağlanma tercihi, yerini büyük ölçüde, bütün meşru görüşlerden istifadeye ve güncel problemlere yeni ictihadlarla çare bulmaya bırakmıştır. Sadece İslâm dünyasında değil, Batıda ve Doğuda birçok üniversitede ve araştırma merkezinde fıkıh; usûlü, furûu, tarihi ve felsefesiyle akademik düzeyde araştırma konusu yapılmaktadır. Hatta lisans ve lisansüstü seviyede sadece İslâm hukuku ve iktisadını öğreten ve araştırma konusu yapan yükseköğretim kurumları kurulmuştur.

Yine bu çerçevede müslümanların fıkıh problemlerine çözüm üretmek amacıyla İslâm İşbirliği Örgütü (eski adıyla İslâm Konferansı Teşkilatı) bünyesinde 1982 yılında *Mecmau'l-Fıkhi'l-İslâmî* (İslâm Fıkıh Akademisi) kurulmuştur. Birçok İslâm ülkesinde resmen faaliyet gösteren din işleri ve fetva kurulları da benzer amacı daha çok yerel boyutta yerine getirmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede ülkemizdeki *Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu*, Mısır'da *Dâru'l-İftâ* ile Ezher'e bağlı olan *Mecmau'l-Buhûsi'l-İslâmiyye*, Suudi Arabistan'daki *Hey'etü Kibâri'l-Ulemâ*, yine aynı yerdeki *el-Mecmau'l-Fıkhiyyü'l-İslâmî*, Cezayir'deki *el-Meclisü'l-İslâmiyyü'l-A'lâ*, Pakistan'daki *Islamic Academy*, Hindistan'daki *Islamic Fiqh Academy (India)*, Malezya'daki *National Council for Islamic Affairs Malaysia* bu minvalde etkin birimler olarak sayılabilir. Herhangi bir

resmî kimliği olmamakla birlikte özel olarak Avrupa'da yaşayan müslümanların dinî sorunlarına çözüm üretmek üzere İrlanda'da kurulan *European Council for Fatwa and Research*'ü de buraya kaydedebiliriz.

Konuyu bitirirken, modern dönemde yapılan çalışmaların, fıkhın bütün furû konularını meseleci/kazuistik bir yöntemle ele alan eski anlayıştan ayrılarak, mesela akit, mülkiyet, ehliyet, ceza, yargılama usûlünde şahitlik gibi hukukun belli bir alanındaki klasik doktriner görüşleri mukayeseli olarak ortaya koyup delilleri üzerinden tartışmak ve yeni gelişmeleri de hesaba katarak genel ilke ya da teorilere ulaşmak şekline dönüşmüş olduğunu kaydedelim.

Aynı yöntem usûlde de uygulanmış, fıkıh usûlünün baştan sona bir bütün halinde ele alınması yöntemi, yerini, mesela illet, örf, tahsîs, nesh gibi tek bir konunun mukayeseli ve derinlemesine incelenmesi şekline bırakmıştır.

Çağdaş dönemde tahâretten başlayıp ferâizde biten klasik sistematik de büyük ölçüde terk edilmiş, kamu ve özel hukuk ayırımına dayalı modern hukuk sistematiği benimsenmiştir. Hal böyle olunca, geleneksel isimlendirmesi ve içeriği ile fıkıh, ibadetlere, haram-helallere, sübjektif ahlâk kuralları yani kişinin kendisine dönük görevlerine ve toplum hayatının gerektirdiği bütün hukukî, idarî, siyasî ve ekonomik konulara ilişkin kurallar bütünü iken modern dönemde İslâm hukuku'na indirgenmiştir. Bu indirgeme sonucunda sadece belli alanlarla ilgili muâmelât hükümlerini ve metodolojiyi ifade eder hale getirilmiş, lisansüstü araştırmalar da genellikle bu dar çerçeveye hapsedilmiştir.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Akyüz, Vecdi, *Dört Mezhep İmamı*, İstanbul 1996

Aras, Mehmet Özgü (ö. 2007), *İmam A'zam Ebû Hanîfe'nin Hocası Hammâd ve Fıkhî Görüşleri*, İstanbul 1996

Aybakan, Bilal, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, İstanbul 2007

Bakkal, Ali, *İslâm Fıkıh Mezhepleri*, İstanbul 2007

Bedir, Murteza, *Fıkıh Mezhep ve Sünnet: Hanefî Fıkıh Teorisinde Peygamberin Otoritesi*, İstanbul 2004

Biltâcî, Muhammed, *Menhecü Ömer b. el-Hattâb fi't-teşrî*, Kahire 2002

Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara 1996

Cici, Recep, *Osmanlı Dönemi İslâm Hukuku Çalışmaları*, Bursa 2001

Dağcı, Şamil, *İmam Şâfiî Hayatı ve Fıkıh Usulü İlmindeki Yeri*, Ankara 2004

DİA: Ca'feriyye, Ehl-i Rey, Ehl-i Hadis, Ebû Hanîfe, Fıkıh, İbn Hazm, İbâziyye, Mâlik b. Enes, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Mezhep, Şâfiî maddeleri.

Ebû Zehra (ö. 1974), Muhammed, *Târîhu'l-mezâhibi'l-İslâmiyye II: Târîhu'l-mezâhibi'l-fıkhiyye*, Kahire ty. (Matbaatü'l-Medenî), Türkçe yayımı: *İslâm'da Fıkhî Mezhepler Tarihi,* (çev. A. Şener), İstanbul 1976; *İslâm'da İtikâdî-Siyasî ve Fıkhî Mezhepler Tarihi,* (çev. S. Kaya), İstanbul 1993

Furat, Ahmet Hamdi, *Hanefî Mezhebinin İlk Oluşum Dönemi: Kûfe Ekolü*, İstanbul 2009

Goldziher, Ignaz (ö. 1921), *Zâhirîler: Sistem ve Tarihleri*, (çev. C. Tunç), Ankara 1982

Hamidullah, Muhammed (ö. 2002), *İmam-ı Azam ve Eseri,* (çev. K. Kuşçu), İstanbul 1963

Hasenî, Haşim Ma'ruf, *Târîhu'l-fıkhi'l-Ca'ferî,* Kum 1990

Hudarî Bey, Muhammed (ö. 1927), *Tarîhu't-teşrîi'l-İslâmî*, Beyrut 1980; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuku Tarihi* (çev. H. Hatipoğlu), İstanbul 1987

İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe ve Düşünce Sistemi I-II, (ed. İ. Hatiboğlu), Bursa 2005

Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1999

__________, *İslâm Hukukunda İctihad*, İstanbul 1996

Kaşıkçı, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997

Kattân, Mennâ Halîl, *Târîhu't-Teşrîi'l-İslâmî*, Kahire 1989

Keskioğlu, Osman (ö. 1989), *Fakih Sahabiler ve Mezheb İmamları*, Ankara 1972

________, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara 1984

Kılıçer, M. Esad, *İslâm Fıkhında Rey Taraftarları*, Ankara 1994

Koca, Ferhat, *İslâm Hukuk Tarihinde Selefi Söylem Hanbelî Mezhebi*, Ankara 2002

Mahmasânî, Subhî (ö. 1986), *Türasü'l-Hulefâi'r-Râşidîn fi'l-fıkh ve'l-kadâ*, Beyrut 1984

________, "İslâm Hukukunun Tedvini I-II", (çev. İ. K. Dönmez), *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy: 3 (1985), ss. 313-328; sy: 4 (1986), ss. 361-383.

Musa, Muhammed Yusuf, *Târîhu'l-fıkhi'l-İslâmî*, Türkçe yayımı: *Fıkh-ı İslâm Tarihi* (çev. A. Meylani), İstanbul 1983

Özşenel, Mehmet, *Sünnet ve Hadisi Değerlendirme ve Anlamada Ehl-i Rey-Ehl-i Hadis Yaklaşımları ve İmam Şeybânî*, (doktora tezi 1999), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Sâyis, Muhammed Ali, *Târîhu'l-fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut 2000

Ünal, İsmail Hakkı, *İmam Ebû Hanîfe'nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebinin Hadis Metodu*, Ankara 1994

Yaman, Ahmet, "Neş'etü Edebi'l-Fıkhi'l-İslâmî ve Tatavvuruh", *el-Müslim el-Muasır*, 26/101 (Kahire 2001), ss. 171-182

________, "Abdullah b. Mes'ûd'un Hanefî Mezhebinin Oluşumundaki Rolü: Bir Genel Kabulün Buhârî ve Müslim Rivayetleri Çerçevesinde Gözden Geçirilmesi", *marife bilimsel birikim*, yıl:4, sy:2 (2004), ss.7-26

________, "Ehl-i Beyt Fıkhının İmamı Hz. Ali ve Takip Ettiği İctihad Yöntemi", *marife bilimsel birikim*, yıl:4, sy:3 (2004), ss.111-126

________, "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'îliği Üzerine", *XIV. Türk Tarih Kongresi*, Ankara 2002, II/I, ss. 777-790

Yiğit, Metin, *İlk Dönem Hanefî Kaynaklarına Göre Ebû Hanîfe'nin Usul Anlayışında Sünnet*, İstanbul 2009

İSLÂM HUKUKUNUN SİSTEMATİĞİ VE LİTERATÜRÜ

GİRİŞ

Kitabımızın ilk ünitesinde İslâm hukukunun özelliklerini sayarken onun, kendine özgü bir sistematiğe sahip olduğunu görmüştük. Sistematikten kasıt, mahiyetleri ve özellikleri itibariyle birbirine benzeyen ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarını belli bir mantığın ürünü olan bir ayırıma tabi tutup düzenli bir şekilde sunmaktır. Bir başka ifadeyle, hukuk kurallarını belli bir mantığa göre düzenleyip konuları sınıflamak ve sonra onları ele alış tarzı, sistematik kelimesiyle anlatılmaktadır.

İçeriği, özellikleri ve kaynakları yönüyle orijinal bir yapısı olan İslâm hukuku, sistematiği açısından da ayrı bir özgünlüğe sahiptir.

Fakihlerin bu sistematiği takip ederek yazdıkları eserlerle çok zengin bir furû literatürü yani edebiyatı ve kitabiyatı meydana gelmiştir. Yine ilk ünitede belirtildiği üzere mükellefin hem Allah, hem eşya hem de birey ve toplum ile olan çok boyutlu ilişkiler ağına ilişkin hükümleri kapsayan bu fürû eserleri yanında, usûl-i fıkıh eserleri de kaleme alınmıştır. Fıkıh literatürünün bu iki temel türü yanında gerek furû gerek usûlün alt türlerine dair de pek çok kitap yazılmıştır.

Bu ünitede önce modern hukuk sistematiği ile karşılaştırarak fıkhın özgün sınıflama ve inceleme tarzını tanımaya çalışacağız. Ardından mezheplere göre fıkıh literatürünü görecek belli başlı klasik eserleri öğreneceğiz.

I. İslâm Hukukunun Sistematiği

Bilindiği üzere İslâm hukuku, önce usûlü'l-fıkh ve fürûu'l-fıkh olmak üzere iki ana kola ayrılır. Yaşanan hayatla ilgili şer'î-amelî hükümlerin kaynaklarını ve bunlardan elde ediliş yöntemlerini konu edinen dalına *usûlü'l-fıkh* dendiğini öğrenmiştik. Bu kaynak ve yöntem bilgisiyle elde edilen somut amelî hükümler

bütünü de *fürû* olarak adlandırılmıştı. Kaynak ve yöntemin *asıl* (gövde-temel), buna bağlı tesbit edilen hükmün *fer'* (dal-ayrıntı) oluşu, bu isimlendirmelerdeki mantığı ortaya koymaktadır.

Fıkıh, insan ve toplum hayatının bütün yönlerini kuşatan, sadece maddî ve bedenî değil aynı zamanda manevî ve rûhî boyutları da içeren bir kapsama alanına sahiptir. İşte bu çok boyutlu özelliği onun sistematik yapısı üzerinde belirleyici olmuştur.

İslâm hukuku veya fıkıh dendiği zaman akla ilk planda fürûu'l-fıkh alanı gelir. Genel fıkıh eserlerinde incelenen fürû konuları *ibâdât* ve *muâmelât* olarak iki ana bölüme ayrılmıştır. Her ne kadar bu kavramlar, bölüm başlıkları olarak fıkıh eserlerinde kullanılmasa da mükellefin Allah'a yönelik görevleri yani ibadetleriyle ilgili hükümler ibâdât; hukukî nitelikli sosyal ilişkileri düzenleyen hükümler ise muâmelât bölümünü oluştururlar.

Gündelik hayatta aynı şekillerde ve sık karşılaşıldığı için *âdât* da denen muâmelât alanı, borç ilişkilerinden evliliğe, uluslararası ilişkilerden yargılamaya, ticaretten mirasa, ceza hukukundan eşya hukukuna çok çeşitli bir içeriğe sahiptir. Böyle olduğu içindir ki, muâmelât terimi de zamanla daraltılmak zorunda kalmıştır. Süreç içerisinde ceza hukuku ile ilgili olanlara ayrı bir genel başlık bulunmuş ve bunlara *ukûbât* denmiştir. Klasik fıkıh eserleri genel bir sınıflama ile işte bu üç alana ayrılmıştır.

Daha sonraları aile hukuku ile ilgili hükümler *münâkehât* ve *müfârakât*, yargılama ile ilgili olanları *mürâfaât* veya *muhâsemât*, miras hukuku ile ilgili hükümler *terikât* bahisleri olarak isimlendirilmiştir. XIX. yüzyılda gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerinden sonra muâmelât terimi artık daha çok *mâmelek* yani mal varlığıyla ilgili hükümleri, bir başka deyimle mâlî muâmelâtı ifade eder hale gelmiştir.

Son yüzyılda tercih edilen isimlendirmelere göre ise şahıs, aile ve miras hukuku bir bütün halinde *ahvâl-i şahsiyye* (*el-ahvâlü'ş-şahsıyye*), borçlar hukuku "*ukûd ve iltizâmât*", ceza hukuku "*cinâyât*", anayasa hukuku "*düstûr*" veya "*nizâmül-hükm*" terimleriyle ifade edilmeye başlanmıştır.

Burada şu noktayı belirtmeliyiz ki, hem klasik dönemlerdeki ibâdât - muâmelât - ukûbât sacayaklı ayırımın hem de yukarıdaki ilk modern ayırımın, fıkhın tamamını ifadede yeterli olmadığı söylenebilir. Nitekim hukuk alanlarının gelişimiyle bağlantılı olarak daha incelikli ayırımlarının yapılması, zaman içinde

ortaya çıkan ya da özelleşen hukuk kurallarının bulunması sistematiğin detaylandırılmasını gerektirmiştir. Fakat klasik dönemlerde hukuk kurallarına genel bakışın ve onları en belirgin ortak özelliklere göre sınıflamanın benimsendiği gerçeği dikkate alındığında ibâdât – muâmelât - ukûbât şeklindeki yerleşik üçlü ayırımın mantıklı bir bütünlük arz ettiği de görülür.

Burada hem bir sistematik karşılaştırma imkânı vermesi hem de İslâm hukukundaki kavramsal ya da terimsel karşılıklarını nispeten izleyebilmek amacıyla, günümüz beşerî hukuk sistematiğini vermekte fayda olacaktır.

Temeli, Roma hukukuna dayanan modern sistematik, tarafların kimliğine göre *kamu hukuku* ve *özel hukuk* olarak iki ana kola ayrılmaktadır. Taraflardan birinin ya da her ikisinin kamu otoritesi yani devlet olduğu hukukî ilişkiler kamu hukuku alanında, eşit kişiler arasındaki hukukî ilişkiler ise özel hukuk alanında incelenmektedir.

Kamu otoritesine atıfla *âmme hukuku* da denen kamu hukukunun alt dalları şunlardır: 1. Anayasa hukuku, 2. İdare hukuku, 3. Ceza hukuku, 4. Yargılama hukuku, 5. Mâlî (Vergi) hukuk, 6. Devletler genel hukuku, 7. İş hukuku.

Şahıslara atıfla *husûsî hukuk* da denen özel hukukun alt dalları ise şunlardır: 1. Medenî hukuk (a. Şahıs, b. Borçlar, c. Eşya, d. Aile, e. Miras), 2. Ticaret hukuku, 3. Devletler özel hukuku (a. Vatandaşlık, b. Yabancılar, c. Kanunlar ihtilafı), 4. Fikir hukuku, 5. Deniz hukuku.

Fark edileceği üzere İslâm hukukunun sistematiği, günümüz pozitif hukukunda benimsenen özel hukuk - kamu hukuku ayırımından çok daha gerçekçidir. Zira özel - kamu ayırımında "devlet" eksenli bir bakış varken, ibâdât – muâmelât - ukûbât sacayaklı sistematik, "mükellef/birey" merkezli bir bakışa göre oluşmuştur. Bu sebepledir ki, yapıyı oluşturmada insanın yaratılıştan sahip olduğu nitelikleri, onun dünyadaki varoluş gayesini ve toplumsal ilişkilerin doğasını esas alır.

Buna göre önce bireyin manevî olarak olgunlaşmasını ve gönüllü olarak "mükellef" hale gelmesini hedefler. Onun için önce temizlikten (tahâret) başlayarak ibâdât konularını ele alır. Ardından onun toplumsal ilişkilerine yani muâmelât alanına geçer ve evlilik akdi nikâh ya da satım akdi bey' ile bu alanı başlatır. Sonra hukuk dışılıkların ve suçların ele alındığı ukûbât yani ceza hukuku konularına değinilir. Sistem genellikle, tıpkı insanın hayat serüveninde olduğu gibi son noktayı ifade eden vasiyet ve miras hukuku (ferâiz) ile tamamlanır.

Bu sistematiği takip eden fıkıh eserlerinde konular "Kitab" ana başlığı altında "Bab" ve "Fasıl" alt başlıklarıyla incelenir. Sözgelimi Kitâbu's-Salât (Namaz) ana başlığı altındaki Bâbü'l-Cenâiz (Cenazeler) alt başlığı ve bunun da altındaki Faslü'n fi't-Tekfîn (Kefenleme) kısmı veya Kitâbü't-Talâk (Boşama) ana başlığı altındaki Bâbü'l-İdde (İddet) alt başlığı ve bunun da altındaki Faslün fî Müddeti'l-Haml (Hamilelik Süresi) kısmı gibi. İlgili hükümler, söz konusu başlıklar altında meseleci bir yöntemle tek tek sıralanmış, konunun önemli noktaları fer'î meseleler üzerinden aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Bu noktada, üçlü klasik sistematiği muhtevalarıyla birlikte yakın plana almak uygun olacaktır:

A. İbâdât

Allah'a yönelik saygımızı ve kulluk görevlerimizi yani onun buyruklarına karşı boyun eğişimizi simgeleyen düzenli davranışlar anlamındaki ibadet kelimesinin çoğulu olan ibâdât alanında şu ana konular incelenir:

Tahâret (temizlik), Salât (namaz), Zekât, Savm (oruç), Hac, Eymân (yeminler), Zebâih (hayvan kesimi), Udhıyye (kurban), Eşribe ve At'ime (helal veya haram olan içecek ve yiyecekler), Sayd (av ve avcılık), Hazr ve İbâha veya bazı eserlerde İstihsân ya da Kerâhiyye (helal veya haram tutum, davranış ve eşya).

B. Muâmelât

Bu terim, günlük hayattaki insanî veya sosyal ihtiyaçlarla ilgili hukukî işlem ve bu işlemi tesis etmeye yönelik irade beyanı diye tanımlayabileceğimiz muâmele kelimesinin çoğuludur. Muâmelât alanı çok geniş olduğu için bu çatının altına giren konuları, yukarıda taksim ettiğimiz şekliyle dörde ayırarak vermek daha öğretici olacaktır:

a. Münâkehât ve Müfârakât: Evlenme ve ayrılmalara yani aile hukukuna ilişkin hükümler şu ana başlıklar altında serpiştirilmiştir: Nikah, Talâk, Radâ' (süt akrabalığına bağlı hükümler), Nafakât, İddet, Hadâne (evliliğin sona ermesi durumunda küçük çocukların bakımı ve büyütülmesi).

b. Mâlî muâmelât: Malla ilgili olan akitler ve diğer işlemler yani borçlar ve eşya hukukuna ilişkin hükümler şu ana başlıklarda incelenmiştir: Bey' (satım akdi), İcâre (kiralama), Şüf'a (önalım), Kısmet (ortak malların taksimi), İhyâü'l-mevât (ölü arazilerin tarıma kazandırılması), Rehn (rehin ve ipotek), Şerike (şirketler, ortaklık).

c. Mürâfaât veya Muhâsemât: Anlaşmazlıkları mahkemeye intikal ettirip davada taraf olma anlamına gelen bu terimler, günümüzde yargılama hukuku diye bilinen alanı ihtiva ederler. Şu ana başlıklar bu bölümde ele alınırlar: Edebü'l-kâdî (yargılama süreçleri ve usûlü), Şehâdât (tanıklıklar), Da'vâ, İkrâr, Sulh.

d. Terikât: Ölünün geride bıraktığı mal varlığı anlamındaki terike veya tirke kelimesinin çoğulu olan terikât, miras hukukunu karşılamaktadır. Vesâyâ (vasiyetler) ile Ferâiz (miras hisseleri) bölümleri bu alanın iki temel konusunu teşkil ederler.

Muâmelât alanı içinde olmasına rağmen içerikleri dolayısıyla bu dörtlü gruplandırmadan birisine sokulamayan başka bazı ana başlıklar da bulunmaktadır. Günümüzdeki modern hukuk taksimatına göre daha çok şahıs hukukunu ilgilendiren bu başlıkları da şöyle sıralayabiliriz: Hacr (sözlü tasarrufları kısıtlamak), Mefkûd (kendisinden haber alınamayan kişi), Me'zûn (akit yapma izni verilmiş olan kısıtlı), İtâk (köle azad etmek), Mükâteb (özgürlük sözleşmesi yapılan köle), Müdebber (bir tür özgürlük sözleşmesi yapılan köle), İkrâh (tasarrufta bulunmaya zorlamak), Hunsâ (çift cinsiyete sahip kişi), Vakf.

Bütün bunların yanında bu ana konulardan birisine dâhil olmayan ve bağımsız bir başlık altına girecek kadar etraflı da olmayan bazı fıkhî meseleler bulunmaktadır ki, bunlar Mesâil Şettâ (Değişik Konular) başlığı altında ele alınırlar.

C. Ukûbât

Ceza anlamındaki ukûbe kelimesinin çoğulu olan ukûbât, kanuna göre suç sayılan eylemleri, bunlara verilecek cezaları ve bu cezaların uygulanma biçimlerini ele alan ceza hukukuna karşılık gelmektedir. Cinâyât (adam öldürme ve müessir fiil yani yaralama suçları), Kısâs, Diyât (diyetler), Hudûd (had suçları ve cezaları), Me'âkıl (âkıle sistemi), Siyer (devletlerarası ilişkiler ve savaş hukuku).

Genel bir karşılaştırma yapmak gerekirse murâfaât veya muhâsemât konuları dışında kalan muâmelât alanının özel hukuka, ukûbât alanının kamu hukukuna denk düştüğü söylenebilir.

II. İslâm Hukuku Literatürü

İslâm hukuku bilim dalının ilk planda usûlü'l-fıkh ve fürûu'l-fıkh olarak ikiye ayrıldığını, daha sonra bunların da kendi içinde çeşitli alt dallara bölündüğünü yukarıda söylemiştik. Sistematik olmasa da bu ilim dalıyla ilgili ilk eserler, birinci

yüzyıldan itibaren kaleme alınmaya başlamış, ikinci yüzyılda fıkıh mezheplerinin yavaş yavaş belirginleşmesiyle büyük artış göstermiş ve yukarıda özetlenen sistematiğin de yerleşmesiyle birlikte profesyonel bir nitelik kazanmıştır. Bir adım sonra da özelleşen ve bağımsızlaşan fıkıh alanlarına dair eserler yazılmaya başlanmıştır. Öyle ki, İslâmî ilimler içinde en fazla literatür alanına ve dolayısıyla eser sayısına sahip olan ilim, fıkıh olmuştur.

Burada mezhep ve alan ayırımı yaparak bu zengin literatürün yıldızlarını tanımaya çalışacağız.

A. Fıkıh Usûlü Literatürü

Fer'î hükümlerin kaynakları ve çıkarılış yöntemleriyle ilgilenen fıkıh usûlü literatürü, genellikle benimsenen tasnife göre, üç ayrı metotla yazılmıştır. Belli başlı eserleriyle bu üç metot şunlardır:

1. Fukahâ Metodu (Hanefî Metodu): Mezhebin fürû hükümlerinin mantık tutarlılığını ve çıkarılış yöntemini ortaya koyma amacı taşıyan, bu sebeple fürûun ön planda tutulduğu metottur.

* Cessâs (ö. 370/980), *el-Füsûl fi'l-Usûl*

* Debûsî (ö. 430/1038), *Takvîmü'l-Edille*

* Pezdevî (ö. 482/1089), *Kenzü'l-Vüsûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl (Usûlü'l-Pezdevî)*

* Serahsî (ö. 483/1090), *Usûlü's-Serahsî*[71]

* Alâaddin es-Semerkandî (ö.539/1144), *Mîzânü'l-Usûl fî Netâici'l-Ukûl*

* Alâaddin el-Üsmendî (ö. 552/1157), *Bezlü'n-Nazar*

* Ahsîkesî (ö. 644/1247), *el-Müntehab fî Usûli'l-Mezheb*

* Habbâzî (ö. 691/1292), *el-Muğnî fî Usûli'l-Fıkh*

* Ebu'l-Berakât en-Nesefî (ö. 710/1310), *Menâru'l-Envâr* ve şerhi *Keşfü'l-Esrâr*

* Abdülazîz Buhârî (ö. 730/1329), *Keşfü'l-Esrâr an Usûli'l-Pezdevî*

2. Mütekellimûn Metodu: Fürûyu göz önüne almaksızın ve onunla tutarlılığı sağlama gayreti olmaksızın usûl kurallarını teorik bir çalışmayla tespit etmeyi amaçlayan bir yöntemdir. Hanefîler dışındaki fakihler tarafından benimsenmiştir.

---

71 Debûsî, Pezdevî ve Serahsî'nin bu üç eseri, Hanefîler nezdinde *el-erkânü's-selâse* yani üç temel usûl eseri olarak nitelendirilmektedir.

* Şâfiî (ö. 204/819), *er-Risâle*[72]

* Kâdî el-Bâkıllânî (ö. 403/1013), *et-Takrîb ve'l-İrşâd*

* Kâdî Abdülcebbâr (ö. 415/1024), *el-Umd* (veya *el-Umed* ya da *el-Umde*)

* Ebu'l-Hüseyn el-Basrî (ö. 436/1044), *el-Mu'temed*

* İbn Hazm (ö. 456/1063), *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*

* Cüveynî (ö. 478/1085), *el-Burhân*

* Gazzâlî (ö. 505/1111), *el-Müstasfâ*

* Fahreddin er-Râzî (ö. 606/1209), *el-Mahsûl*

* Âmidî (ö. 631/1233), *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*

* İbnü'l-Hâcib (ö. 646/1442), *Müntehe's-Sûl ve'l-Emel* (ve özeti *Muhtasaru'l-Müntehâ*)

* Kâdî el-Beydâvî (ö. 685/1286), *el-Minhâc* (İsnevî'nin bu esere yazdığı *Nihâyetü's-Sûl fî Şerhi Minhâci'l-Vüsûl* isimli şerhi)

3. Memzûc Metot: Her iki yöntemin öne çıkan yönlerini birleştiren karma bir metottur.

* İbnü's-Sââtî (ö. 694/1294), *Bedîu'n-Nizâm*

* Sadru'ş-Şerîa (ö. 747/1346), *Tenkîhu'l-Usûl* ve şerhi *et-Tavdîh*

* İbnü's-Sübkî (ö. 771/1369), *Cem'u'l-Cevâmi*

* Şâtıbî (ö. 790/1388), *el-Muvâfakât*

* Molla Fenârî (ö. 834/1431), *Fusûlü'l-Bedâi*

* Molla Hüsrev (ö. 885/1480), *Mirkâtü'l-Vüsûl* ve şerhi *Mir'âtü'l-Usûl*

* Kemal İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1456), *et-Tahrîr*

* İbn Abdişşekûr el-Bihârî (ö. 1119/1707), *Müsellemu's-Sübût* (Ensârî'nin bu esere yazdığı *Fevâtihu'r-Rahamût* isimli şerhi)

* Ebû Saîd el-Hâdimî (ö. 1176/1762), *Mecâmiu'l-Hakâik* (ve Güzelhisârî'nin bu esere yazdığı *Menâfiu'd-Dekâik* isimli şerhi)

* Şevkânî (ö. 1250/1834), *İrşâdü'l-Fuhûl*

---

72 Tam anlamıyla bu metodun içerik ve üslubunu yansıtmasa da *er-Risâle*'nin burada anılması uygun düşmektedir.

B. Fürû Literatürü

Fürû kelimesinin, mükellefin hem Allah, hem eşya hem de birey ve toplum ile olan çok boyutlu ilişkiler ağını kapsayan ve fıkıh usûlü aracılığıyla şer'î delillerden elde edilen fıkhî hükümler anlamına geldiğini öğrenmiştik. İslâm hukuku ya da fıkıh dendiği zaman ilk adımda hatıra gelen ve en çok eser verilen alan budur. İslâm'ın günlük hayata akseden yönü ve toplumsal hayatı düzenleyen kuralları olunca, fürûun bu denli geniş literatüre sahip olması tabiidir.

Bu alandaki eserlerin çok kaba bir sınıflamayla 1. Metinler ya da muhtasarlar, 2. Şerhler ve hâşiyeler, 3. Nevâzil veya vâkıât ya da fetvâ kitapları şeklinde üç türde kaleme alındığını söyleyebiliriz:

Muhtasar da denen metinler, mezhebin fürû hükümlerini yukarıda anlatılan sistematiğe uygun bir tarzda sıralayan, bunu yaparken delil ya da gerekçelere yer vermeyen ve diğer ekollerle tartışma yapmayan, adeta ilmihal mahiyetinde yalın eserlerdir. Şerhler bu metinleri açıklamak, görüşlerin dayanaklarını sunmak ve yer yer diğer mezheplerle karşılaştırmalar yapmak amacını taşırlar. Hâşiyeler ise şerhlere bazı ilaveler yapan kitaplardır. Toplumun önüne yeni çıkmış (nâzile) olaylar (vâkıa) anlamındaki *nevâzil* ve *vâkıât* türüne gelince, adından da anlaşılacağı üzere bunlar, önceden bilinmeyen, dolayısıyla kitaplarda çözümlenmeyen yeni meseleleri içermektedirler.

Aşağıda önce meşhur fıkıh mezheplerinin çokça kullanılan temel metin ve şerhlerini yani genel fürû eserlerini tanıyacak sonra da bağımsız bir karakter taşıyan bazı fürû alanlarına ait literatürden örnekler sunacağız.

1. Hanefî Mezhebi

A. Temel Metinler/Muhtasarlar

* Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/804), *el-Asl* (*el-Mebsût*); *el-Câmiu'l-Kebîr*

* Tahâvî (ö. 321/933), *el-Muhtasar*

* Hâkim Şehîd el-Mervezî (ö. 334/945), *el-Muhtasaru'l-Kâfî*

* Kudûrî (ö. 428/1036), *el-Muhtasar* (*el-Kitâb*)

* Merğînânî (ö. 593/1196), *Bidâyetü'l-Mübtedî*

* Abdullah el-Mavsılî (ö.683/1284), *el-Muhtâr*

* İbnü's-Sââtî (ö. 694/1294), *Mecmau'l-Bahreyn*

* Ebu'l-Berakât en-Nesefî (ö.710/1310), *Kenzü'd-Dekâik*

* Burhânüşşerîa el-Mahbûbî (ö. 730/1330), *Vikâyetü'r-Rivâye*

Bu son dört metin, Hanefîler arasında *el-Mütûnü'l-Erba'a* diye meşhur olmuştur.

B. Şerhler ve Hâşiyeler

* Debûsî (ö. 430/1038), *el-Esrâr* (herhangi bir metnin şerhi olmamakla birlikte o nitelikte, yani delilli ve mukayeseli bir eserdir.)

* Serahsî (ö. 483/1090), *el-Mebsût* (Hâkim eş-Şehîd'in *el-Kâfî*'sinin şerhidir)

*Alâaddîn es-Semerkandî (ö. 539/1144), *Tuhfetü'l-Fukahâ* (Kudûrî metnine dayanmaktadır)

*Kâsânî (ö. 587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi'* (*Tuhfetü'l-Fukahâ*'ya dayanmaktadır)

*Merğînânî (ö. 593/1196), *el-Hidâye* (Müellifin *Bidâyetü'l-Mübtedî* isimli muhtasarının şerhidir)

*Abdullah el-Mavsılî (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr* (Müellifin *el-Muhtâr* isimli muhtasarının şerhidir)

* Fahreddin ez-Zeylaî (ö. 743/1343), *Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*

* Kemal İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1456), *Fethu'l-Kadîr* (*el-Hidâye*'nin şerhidir)

* İbn Nüceym (ö.970/1562), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*

* Molla Hüsrev (ö.885/1480), *Düreru'l-Hukkâm* (Müellifin *Ğureru'l-Ahkâm* isimli muhtasarının şerhidir)

* İbrahim el-Halebî (ö.956/1594), *Mülteka'l-Ebhur* (*Kudûrî, Muhtâr, Vikâye* ve *Kenz* gibi meşhur Hanefî metinlerine dayanmaktadır)

* İbn Âbidîn (ö.1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr* (Timurtâşî'nin *Tenvîru'l-Ebsâr*'ı üzerine Haskefî'nin yazdığı *ed-Dürrü'l-Muhtâr* isimli şerhin hâşiyesidir)

2. Şâfiî Mezhebi

A. Temel Metinler/Muhtasarlar

* İmam Şâfiî (ö.204/819), *el-Üm*[73]

* Büveytî (ö. 231/846), *el-Muhtasar*

* Müzenî (ö.264/877), *el-Muhtasar*

* İbnü'l-Mehâmilî (ö.415/1024), *el-Lübâb fi'l-Fıkh* (*Lübâbü'l-Fıkh*)

* Şîrâzî (ö.476/1083), *et-Tenbîh*

* Şîrâzî (ö.476/1083), *el-Mühezzeb*

* Gazzâlî (ö.505/1111), *el-Vecîz*

* Ebû Şücâ' (ö.500/1107'den sonra), *Metnü'l-Ğâye ve't-Takrîb*

* Nevevî (ö.676/1277), *Minhâcü't-Tâlibîn*

* İbnü'l-Mukrî el-Yemenî (ö. 837/1433), *Ravdu't-Tâlib*

B. Şerhler ve Hâşiyeler

* Mâverdî (ö.450/1058), *el-Hâvi'l-Kebîr* (*Muhtasaru'l-Müzenî*'nin şerhidir)

* Cüveynî (ö.478/1085), *Nihâyetü'l-Matlab fî Dirâyeti'l-Mezheb*

* Gazzâlî (ö. 505/1111), *el-Basît fi'l-Furû* (Cüveynî'nin *Nihâyetü'l-Matlab*'ı üzerine yazılmıştır)

* Râfiî (ö.623/1226), *Fethu'l-Azîz fî Şerhi'l-Vecîz* (*eş-Şerhu'l-Kebîr*)

* Nevevî (ö.676/1277), *el-Mecmû Şerhu'l-Mühezzeb*[74]

* Nevevî (ö.676/1277), *Ravdatü't-Tâlibîn* (Râfiî'nin *Fethu'l-Azîz*'i üzerine yazılmıştır)

* Zekeriya el-Ensârî (ö. 926/1520), *Esne'l-Metâlib* (İbnü'l-Mukrî'nin *Ravdu't-Tâlib*'i üzerine yazılmıştır)

* İbn Hacer el-Heytemî (ö. 974/1567), *Tuhfetü'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc*

---

73 Yukarıda yaptığımız metin ve muhtasar tanımına uymamakla birlikte, Şâfiî mezhebinin en temel ve özgün kitabı olması dolayısıyla bu başlık altında zikredilmiştir.

74 Nevevî'nin ömrü yetmediği için *Bâbü'r-Ribâ*'dan sonrasını Takıyyüddin es-Sübkî ve Muhammed Necîb el-Mutîî tamamlamıştır.

* Şirbînî (ö. 977/1570), *Muğni'l-Muhtâc Şerhu'l-Minhâc*

* Ramlî (ö. 1004/1596), *Nihâyetü'l-Muhtâc Şerhu'l-Minhâc*

3. Mâlikî Mezhebi

A. Temel Metinler/Muhtasarlar

* İmam Mâlik b. Enes (ö.179/795), *el-Muvatta'*[75]

* Sahnûn (ö.240/854), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*[76]

* İbn Habîb (ö.238/853), *el-Vâdıha fi's-Sünen ve'l-Fıkh*

* Utbî (ö.255/869), *el-Müstahrace mine'l-Esmi'a (el-Utbiyye)*

* İbnü'l-Mevvâz (ö.269/883), *el-Mevvâziyye*[77]

* İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî (ö.386/996), *Kitâbü'r-Risâle*

* İbnü'l-Cellâb (ö. 378/988), *et-Tefrî (Muhtasaru'l-Cellâb)*

* İbn Abdilber (ö. 463/1071), *el-Kâfî fî Fıkhi Ehli'l-Medîne el-Mâlikî*

* İbnü'l-Hâcib (ö. 646/1249), *Câmiu'l-Ümmehât (Fürû'u İbni'l-Hâcib)*

* Sîdî Halîl (ö. 767/1365), *Muhtasaru Halîl*

B. Şerhler ve Hâşiyeler

* İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî (ö.386/996), *en-Nevâdir ve'z-Ziyâdât* (*el-Müdevvene*'ye dayanmaktadır).

* el-Bâcî (ö.480/1086), *el-Münteka Şerhu'l-Muvatta'*

* İbn Abdilber (ö. 463/1071), *el-İstizkâr li Mezâhibi Fukahâi'l-Emsâr ve Ulemâi'l-Aktâr* ile *et-Temhîd limâ fi'l-Muvatta mine'l-Meânî ve'l-Esânîd* (Her ikisi de *el-Muvatta*'ın şerhidir)

---

75 Bizzat İmam Mâlik tarafından yazıldığı ve kendi görüşlerini birinci elden verdiği için buraya kaydedilmiştir.

76 Bu hacimli eser de yukarıda yaptığımız metin ve muhtasar tanımına uymamakla birlikte Mâlikî mezhebinin en temel ve özgün fıkıh kitabı olması dolayısıyla bu başlık altında zikredilmiştir.

77 Bu son dört eser, Mâlikîlerce çok muteber sayılmış ve literatürlerinde *el-Ümmehâtü'l-Erba'a* (dört ana kitap) diye isimlendirilmiştir. Fakat ne yazık ki, el-Utbiyye ve el-Mevvâziyye henüz neşredilememiştir.

* İbn Rüşd el-Kebîr (ö.520/1126), *el-Mukaddimâtü'l-Mümehhidât* (*el-Müdevvene* üzerine yazılmıştır) ile *el-Beyân ve't-Tahsîl* (*el-Utbiyye*'nin şerhidir)

* Karâfî (ö. 684/1285), *ez-Zehîra fi'l-Fıkh* (herhangi bir metnin şerhi olmamakla birlikte o nitelikte, yani delilli ve mukayeseli bir eserdir.)

* İbn Şâs (ö. 616/1219), *İkdü'l-Cevâhiri's-Semîne fî Mezhebi Âlimi'l-Medîne* (herhangi bir metnin şerhi olmamakla birlikte o nitelikte bir eserdir.)

* İbn Ferhûn (ö. 799/1397), *Teshîlü'l-Mühimmât fî Şerhi Câmi'i'l-Ümmehât* ile *Keşfü'n-Nikâbi'l-Hâcib min Mustalahi İbni'l-Hâcib* (Her ikisi de İbnü'l-Hâcib'in *Câmiu'l-Ümmehât*'ı üzerine yazılmıştır)

* Mevvâk (ö. 897/1492), *et-Tâc ve'l-İklîl* (*Muhtasaru Halîl*'in şerhidir)

* Haraşî (ö. 1101/1689), *el-Haraşî alâ Muhtasar Sîdî Halîl*

* Derdîr (ö. 1201/1786), *eş-Şerhu'l-Kebîr alâ Muhtasari Halîl*

* Desûkî (ö. 1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-Kebîr*

4. Hanbelî Mezhebi

A. Temel Metinler/Muhtasarlar

* Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), *el-Mesâil*[78]

* Ebû Bekr el-Hallâl (ö.311/923), *el-Câmi' li Ulûmi'l-İmâm Ahmed*[79]

* Hırakî (ö. 334/945), *el-Muhtasar*

* Ebû Ya'lâ el-Ferrâ (ö.458/1066), *Kitâbü'r-Rivâyeteyn ve'l-Vecheyn*

* el-Kelvezânî (ö. 510/1116), *el-Hidâye*

* İbn Kudâme (ö.620/1223), *el-Umde*

* İbn Kudâme (ö.620/1223), *el-Mukni'*

* İbn Kudâme (ö.620/1223), *el-Kâfî*

* İbn Müflih (ö.884/1479), *el-Fürû'*

* Haccâvî (ö.968/1560), *el-İknâ' li Tâlibi'l-İntifâ'*

---

78 Kendisine sorulan sorulara verdiği cevapların oğulları ve öğrencileri tarafından derlenmesiyle oluşmuştur.

79 Matbu olarak mütedâvil değilse de mezhebin bilinen ilk müstakil fıkıh eseri olduğu için burada anılmıştır.

B. Şerhler ve Hâşiyeler

* İbn Kudâme (ö.620/1223), *el-Muğnî* (*Muhtasarü'l-Hırakî*'nin şerhidir)

* İbn Kudâme el-Makdisî (ö.682/1283), *eş-Şerhu'l-Kebîr* (*el-Mukni*'in şerhidir.)

* İbn Teymiyye (ö.728/1328), *Şerhu'l-Umde fi'l-Fıkh* ile *Mecmûatü'l-Fetâvâ* (herhangi bir metnin şerhi olmamakla birlikte o nitelikte, yani delilli ve mukayeseli bir eserdir.)

* İbn Müflih (ö.884/1479), *el-Mübdi' fî Şerhi'l-Mukni'*

* Merdâvî (ö.885/1480), *el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hılâf* (*el-Mukni*'in şerhidir.)

* Mer'î b. Yûsuf el-Kermî (ö.1033/1624), *Ğâyetü'l-Müntehâ* (Haccâvî ile İbnü'n-Neccâr'ın eserlerinin şerhidir)

* Buhûtî (ö.1051/1641), *Keşşâfü'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ'*

Meşhur dört mezhebin dışında da fıkıh literatürüne çok ciddi katkılar yapılmıştır. Bunlar arasında günümüzde müntesipleri bulunan mezheplerin bilhassa mukayeseli fıkıh araştırmalarında çokça istifade edilen eserlerini tanımak yerinde olacaktır:

5. Ca'ferî Mezhebi

* Küleynî (ö.328/940), *el-Kâfî fi'l-Fürû'*

* Şeyh Sadûk İbn Bâbeveyh (ö.381/911), *Men lâ Yahduruhü'l-Fakîh*

* Ebû Ca'fer Tûsî (ö.460/1067), *Tehzîbü'l-Ahkâm*

* Ebû Ca'fer Tûsî (ö.460/1067), *el-İstibsâr fî ma'htülife mine'l-Ahbâr*[80]

* Ebû Mansûr Ahmed b. Ali et-Tabersî (ö. 620/1223), *el-Kâfî min Fıkhi'ş-Şî'a*

* Muhakkık el-Hıllî (ö. 676/1276), *Şerâiu'l-İslâm fî Mesâili'l-Halâl ve'l-Harâm*

* İbnü'l-Mutahhar el-Hıllî (ö. 726/1325), *Tahrîru'l-Ahkâmi'ş-Şer'iyye alâ Mezhebi'l-İmâmiyye*

---

80 Bu dört eser Ca'ferîler tarafından *el-Kütübü'l-Erba'a* olarak isimlendirilmiştir.

6. Zeydî Mezhebi

* Zeyd b. Ali (ö.122/746), *el-Mecmû fi'l-Fıkh*[81]

* Ahmed b. Yahyâ el-Murtazâ (ö.840/1436), *el-Bahrü'z-Zehhâr*

* Şerâfeddin el-Haymî (ö.1221/1806), *er-Ravdu'n-Nadîr*

* Şevkânî (ö. 1250/1834), *es-Seylü'l-Cerrâr*

7. Zâhirî Mezhebi

* İbn Hazm (ö. 456/1063), *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*

8. Hâricî İbâdî Mezhebi

* Âmir b. Ali eş-Şemmâhî (ö. 792/1389-90), *Kitâbü'l-Îzâh*

* Abdülazîz es-Semînî (ö. 1223/1808), *Kitâbü'n-Nîl*

* Ettafeyyiş (ö.1914), *Şerhu Kitâbi'n-Nîl ve Şifâi'l-Alîl*

C. Fıkıh İlminin Alt Dalları ile İlgili Literatür

Genel görünümüyle usûl ve fürû şeklinde ikiye bölünen fıkıh ilmi, daha incelikli ve ayrıntılı bir yaklaşımla alt disiplinlere ayrılmıştır. Burada bu alt disiplinlerden bazılarına ait meşhur eserleri tanıyacağız.

1. Ahkâm Ayetleri Literatürü

Doğrudan veya dolaylı olarak amelî hüküm içeren Kur'ân ayetlerinin tefsirini amaçlayan eserlerdir.

* Mukâtil b. Süleyman (ö. 150/767), *Tefsîru Hamsimi'e Âye mine'l-Kur'ân*

* Şâfiî (ö. 204/820), *Ahkâmu'l-Kur'ân* (Beyhakî tarafından derlenmiştir)

* Tahâvî (ö. 321/933), *Ahkâmu'l-Kur'âni'l-Kerîm*

* Cessâs (ö.370/980), *Ahkâmu'l-Kur'ân*

* İlkiyâ el-Herrâsî (ö. 504/1110), *Ahkâmu'l-Kur'ân*

* İbnü'l-Arabî (ö. 543/1148), *Ahkâmu'l-Kur'ân*

* Kurtubî (ö. 671/1273), *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*

---

81 İmam Zeyd'e nispeti tartışmalı olmakla birlikte, mezhepte çok muteber sayıldığı için burada kaydedilmiştir.

* Mikdâd el-Hıllî Süyûrî (ö. 826/1423), *Kenzü'l-İrfan fî Fıkhi'l-Kur'ân*

* Sıddık Hasen Han (ö. 1307/1890), *Neylü'l-Merâm min Tefsîri Âyâti'l-Ahkâm*

2. Ahkâm Hadisleri Literatürü[82]

Fıkhî hüküm içeren Sünnet-Hadis rivayetlerini derleyip inceleyen eserlerdir.

* Ebû Yûsuf (ö. 182/798), *el-Âsâr*

* Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/805), *el-Âsâr*

* Abdürrazzâk es-San'ânî (ö. 211/826-27), *el-Musannef fi'l-Hadîs*

* İbn Ebî Şeybe (ö. 235/849), *el-Musannef fi'l-Hadîs ve'l-Asâr*

* Tahâvî (ö.321/933), *Şerhu Meâni'l-Asâr*

* Beyhakî (ö. 458/1066), *es-Sünenü'l-Kübrâ*

* İbn Abdilber (ö.463/1071), *et-Temhîd* ile *el-İstizkâr*

* İbn Dakîki'l-Îd (ö. 702/1302), *el-İlmâm bi Ehâdîsi'l-Ahkâm* ile *İhkâmü'l-Ahkâm Şerhu Umdeti'l-Ahkâm*

* Zeylaî (ö. 762/1360), *Nasbu'r-Râye lî Ehâdîsi'l-Hidâye* (ve İbn Hacer'in bu eser üzerine yazdığı *ed-Dirâye* isimli muhtasarı)

* İbn Hacer el-Askalânî (ö. 852/1449), *Bülûğu'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm*

* İbn Hacer el-Askalânî (ö. 852/1449), *Telhîsü'l-Habîr fî Tahrîci Ehâdîsi'r-Râfi'iyyi'l-Kebîr* (*et-Temyîz fî Tahrîci Ehâdîsi'l-Vecîz*)

* Şevkânî (ö. 1250/1834), *Neylü'l-Evtâr*

* Zafer Ahmed et-Tehânevî (Tânevî) (ö.1974), *İ'lâü's-Sünen*

3. Harâc – Emvâl Literatürü

İktisadî konulara da değinmekle birlikte özellikle kamu mâliyesi yani bütçe ve vergi hukuku ile ilgilenen eserlerdir.

* Ebû Yûsuf (ö.182/798), *Kitâbü'l-Harâc*

* Yahyâ b. Âdem (ö. 203/818), *Kitâbü'l-Harâc*

82 Kütüb-i Tis'a dışında kalan bazı meşhur eserlere işaret edilecektir.

* Ebû Ubeyd Kâsım b. Sellâm (ö. 224/838), *Kitâbü'l-Emvâl*

* İbn Zencûye (veya İbn Zenceveyh) (ö. 251/865), *Kitâbü'l-Emvâl*

* Kudâme b. Ca'fer (ö. 337/948), *Kitâbü'l-Harâc ve Sınâ'atü'l-Kitâbe*

* Ebû Ca'fer ed-Dâvûdî (ö. 402/1011), *Kitâbü'l-Emvâl*

* İbn Receb (ö. 795/1393), *el-İstihrâc li Ahkâmi'l-Harâc*

* Abdülazîz b. Muhammed Rahbî (ö. 1184/1770), *Fıkhü'l-Mülûk ve Miftâhü'r-Ritâci'l-Mursad alâ Hızâneti Kitâbi'l-Harâc* (Ebû Yûsuf'un *Kitâbü'l-Harâc*'ının şerhidir).

4. Ahkâm-ı Sultâniyye Literatürü

Devletin yönetimi, merkezî ve mahallî teşkilatlanması, mâlî ve kazâî yapısı, diğer devletlerle ilişkileri ve devlete yönelik suçlar gibi kamu hukuku alanını inceleyen eserlerdir. Bir başka ifadeyle içeriğini anayasa, idare ve kısmen ceza, devletler ve yargılama hukuku konuları oluşturur.

* Mâverdî (ö.450/1058), *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye*

* Ebû Ya'lâ el-Ferrâ (ö.458/1066), *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*

* Cüveynî (ö.478/1085), *Ğıyâsü'l-Ümem fî İltiyâsi'z-Zulem*

* İbn Teymiyye (ö.728/1328), *es-Siyâsetü'ş-Şer'iyye fi Islâhi'r-Râ'î ve'r-Ra'iyye*

* Bedreddin İbn Cemâa (ö. 733/1333), *Tahrîru'l-Ahkâm fî Tedbîri Ehli'l-İslâm*

* İbn Kayyım el-Cevziyye (ö.751/1350), *et-Turuku'l-Hukmiyye fi's-Siyâseti'ş-Şer'iyye*

* Kemâleddin İbrâhim b. Dede Cöngi (ö. 975/1567), *es-Siyâsetü'ş-Şer'iyye*

5. Nevâzil, Vâkıât ve Fetâvâ Literatürü

Mezheplerin istikrar bulmasından sonra ortaya çıkan yeni meseleleri, yazıldığı çağ ve toplumdaki hukukî sorunları çözümlemeyi amaçlayan eserlerdir.

* Ebu'l-Leys es-Semerkandî (ö. 373/983), *Kitâbü'n-Nevâzil fi'l-Furû*

* İbn Rüşd el-Ced (ö. 520/1126), *Fetâvâ İbn Rüşd (en-Nevâzil)*

* Sadru'ş-Şehîd (ö.536/1141), *Kitâbü'l-Vâkıât*

* Ahmed el-Keşşî (ö.550/1156), *Mecmau'n-Nevâzil ve'l-Havâdis ve'l-Vâkıât*

* Burhâneddin el-Merğînânî (ö.593/1197), *Muhtârâtü'n-Nevâzil*

* Takıyyüddîn es-Sübkî (ö. 756/1355), *Fetâvâ's-Sübkî*

* Venşerîsî (ö. 914/1508), *el-Mi'yârü'l-Mu'rib*

* İbn Nüceym (ö. 970/1563), *el-Fetâvâ'z-Zeyniyye*

* Ebussuûd (ö. 982/1574), *Fetâvâ-yı Ebussuûd Efendi*

* Hayreddin Ramlî (ö. 1081/1671), *el-Fetâvâ'l-Hayriyye*

* Şeyhulislâm Çatalcalı Ali Efendi (ö. 1103/1692), *Fetâvâ-yı Ali Efendi*

* Şeyhulislâm Feyzullah Efendi (ö. 1115/1703), *Fetâvâ-yı Feyziyye*

* Şeyhulislâm Yenişehirli Abdullah Efendi (ö. 1156/1743), *Behcetü'l-Fetâvâ*

* Şeyhulislâm Mehmed Ârif Efendi (ö. 1215/1800), *Netîcetü'l-Fetâvâ*[83]

6. Kavâid ve Davâbıt Literatürü

İbadetler ile beraber, hukukun her şubesinden kapsamına giren konularla ilgili olarak çoğu zaman geçerli ve çoğu kişiyi kuşatan genel ilkelere *kavâid* (tekili: kâide) denmektedir. Hukukun sadece belli bir alanıyla ilgili olan ilkeler ise *davâbıt* (tekili: dâbıt) diye isimlendirilmiştir. Fıkıh kâide ve dâbıtaları, birbirine benzer hükümlerin bütününden çıkarılmış ortak noktalardır. Bunlarla ilgili geniş bilgi ilgili ünitede verilmiştir.

* Ebu'l-Hasen el-Kerhî (ö.340/952), *Usûlü'l-Kerhî*

* Ebû Zeyd ed-Debûsî (ö.430/1039), *Te'sîsü'n-Nazar*

* Karâfî (ö.684/1285), *Envâru'l-Burûk fî Envâi'l-Furûk (el-Furûk)*

* İbnü'l-Vekîl (ö.716/1316), el-*Eşbâh ve'n-Nazâir*

* Muhammed el-Makkarî (ö.758/1356), *el-Kavâid*

* Tâceddîn İbnü's-Sübkî (ö.771/1369), el-*Eşbâh ve'n-Nazâir*

* Bedreddin ez-Zerkeşî (ö. 794/1392), *el-Mensûr fi'l-Kavâid*

* İbn Receb (ö. 795/1392) *el-Kavâid (Takrîru'l-Kavâid ve Tahrîru'l-Fevâid)*

* Süyûtî (ö. 911/1505), el-*Eşbâh ve'n-Nazâir*

83 Bu son dört eser, Osmanlı Fetvâhâne'sinde en muteber fetvâ kitapları olarak kabul edilmiştir.

* İbn Nüceym (ö.970/1562), *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*

* İbn Nüceym (ö.970/1562), *el-Fevâidü'z-Zeyniyye fî Mezhebi'l-Hanefiyye*

* Hamevî (ö. 1098/1687), *Ğamzu Uyuni'l-Besâir* (İbn Nüceym'in *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*'inin şerhidir)

Şu eserler de özel olarak fıkıh usûlü kaideleriyle ilgilidir:

* Zencânî (ö.656/1258), *Tahrîcü'l-Furû' ale'l-Usûl*

* Ebû Abdillah et-Tilimsânî (ö.771/1369), *Miftâhu'l-Vüsûl ilâ Binâi'l-Furû' ale'l-Usûl*

* Cemaleddin el-İsnevî (ö. 772/1370), *et-Temhîd fî Tahrîci'l-Furû' ale'l-Usûl*

* Ebu'l-Hasen el-Ba'lî (ö. 803/1400), *el-Kavâid ve'l-Fevâidü'l-Usûliyye*

7. Hılâf - Hılâfiyât Literatürü

Mezhepler veya müctehidler arasındaki görüş farklılıklarını, bunların dayanaklarını ve fakihlerin ihtilaf sebeplerini ele alan kitaplardır.

* Ebû Abdullah Mervezî (ö. 294/906), *İhtilâfu'l-Ulemâ* (*İhtilâfu'l-Fukahâ*)

* Taberî (ö.310/923), *İhtilâfu'l-Fukahâ*

* İbnü'l-Münzir (ö. 318/930), *el-İşrâf alâ Mezâhibi Ehli'l-İlm*

* İbnü'l-Münzir (ö. 318/930), *el-Evsat fi's-Sünen ve'l-İcmâ ve'l-İhtilâf*

* Tahâvî (ö. 321/933), *İhtilâfu'l-Ulemâ*

* Cessâs (ö.370/980), *Muhtasaru İhtilâfi'l-Ulemâ* (Tahâvî'nin *İhtilâfu'l-Ulemâ*'sına dayanmaktadır.)

* Kudûrî (ö. 428/1037), *et-Tecrîd* ile *et-Takrîb fi'l-Mesâili'l-Hilâfiyye beyne Ebî Hanîfe ve Ashâbih*

* Ebû Hafs Necmeddin Ömer en-Nesefî (ö.537/1142), *el-Manzûmetü'n-Nesefiyye fi'l-Hılâfiyyât*

* Zemahşerî (ö.538/1144), *Ruûsü'l-Mesâil*

* Üsmendî (ö.552/1157), *Tarîkatü'l-Hılâf beyne'l-Eimmeti'l-Eslâf*

* İbn Rüşd el-Hafîd (ö.595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesıd*

* Sıbt İbni'l-Cevzî (ö.654/1256), *Îsâru'l-İnsâf fî Âsâri'l-Hilâf*

* Ebû Abdillah ed-Dımaşkî (ö. 727/1327), *Rahmetü'l-Ümme fî İhtilâfi'l-Eimme*

* Şa'rânî (ö. 973/1565), *el-Mîzânü'l-Kübrâ*

* İbnü'l-Mutahhar el-Hıllî (ö. 726/1325), *Muhtelefü'ş-Şîa fî Ahkâmi'ş-Şerîa*

8. Edebü'l-Kâdî veya Edebü'l-Kadâ Literatürü

Yargılama hukukuyla ilgilenen fıkıh edebiyatı türüdür. Hâkimlerin yetki ve sorumlulukları, yargılama usûlü, adliye teşkilatı ve mahkeme süreçleri ana konularını teşkil eder. Mahkeme kayıtları, gerektiğinde mahkemede de dikkate alınacak resmî belgelerin tanzimi ve noterlik ile ilgili kuralları belirleyen *şurût ve sicillât ilm*ini ve literatürünü de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür.

* Hassâf (ö. 261/875), *Edebü'l-Kâdî*

* Tahâvî (ö. 321/933), *eş-Şurûtu'l-Kebîr*

* İbnü'l-Kas et-Taberî (ö.335/946), *Edebü'l-Kâdî*

* Mâverdî (ö.450/1058), *Edebü'l-Kâdî*

* Ebü'l-Kasım es-Simnânî (ö. 499/1106), *Ravdatü'l-Kudât ve Tarîku'n-Necât*

* Sadruşşehîd Ömer (ö.536/1141), *Şerhu Edebi'l-Kâdî li'l-Hassâf*

* İbnü'l-Münâsıf el-Ezdî (ö. 620/1223), *Tenbîhü'l-Hukkâm alâ Meâhizi'l-Ahkâm*

* İbn Ferhûn (ö. 799/1397), *Tebsıratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdıye ve Menâhici'l-Ahkâm*

* Tarablûsî (ö. 844/1440), *Muînü'l-Hukkâm fîmâ Yeteradded beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkâm*

* İbnü'ş-Şıhne (ö. 882/1477), *Lisânü'l-Hukkâm*

9. Hıyel ve Mehâric Literatürü

İnsanların günlük hayatta yüz yüze geldiği veya kendi tasarruflarıyla sorun haline getirdikleri bazı konuları, hukukun çerçevesi içinde kalarak ve onun şekil şartlarını koruyarak çözümleme yollarını gösteren türdür. Burada, görünürde

hukuka uyma fakat gerçekte onu çiğneme anlamındaki kanuna karşı hîlenin kastedilmediği bilinmelidir. Esasen *hıyel* (tekili: hîle) ve *mehâric* (tekili: mahrec) kelimeleri de çare, çözüm ve çıkış yolu anlamına gelmektedir.

* Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/805), *el-Mehâric fi'l-Hıyel*

* Hassâf (ö.261/875), *Kitâbü'l-Hassâf fi'l-Hıyel*

* İbn Batta (ö.387/997), *İbtâlü'l-Hıyel*

* Ebû Hâtim Mahmûd et-Taberî el-Kazvînî (ö. 414/1023), *Kitâbü'l-Hıyel fi'l-Fıkh*

* Ebû Ya'lâ el-Ferrâ (458/1066), *İbtâlü'l-Hıyel*

* Saîd b. Ali es-Semerkandî (ö.483/1090), *Cennetü'l-Ahkâm ve Cünnetü'l-Hısâm fî'l-Hiyel ve'l-Mehâric*

* İbn Teymiyye (ö. 728/ 1328), *İkâmetü'd-Delîl alâ İbtâli't-Tahlîl*

10. Fıkıh Terim ve Kavramları Literatürü

* Ömer en-Nesefî (ö.537/1142), *Tılbetü't-Talebe fi'l-Istılâhâti'l-Fıkhiyye*

* Mutarrizî (ö.610/1213), *el-Muğrib fî Tertîbi'l-Mu'rib*

* Muhammed b. Ali el-Kal'î (ö. 630/1233), *el-Mu'cemü'l-Fıkhî: el-Lafzu'l-Müstağrabe min Şevâhidi'l-Mühezzeb*

* Feyyûmî (ö.770/1368), *el-Mısbâhu'l-Münîr fî Ğarîbi'ş-Şerhi'l-Kebîr li'r-Râfiî*

* Ahmed b. Muhammed el-Ubezzî (ö. 860/1456), *Beyânu Keşfi'l-Elfaz*

* Zeynüddin Zekeriyya el-Ensârî (ö.926/1520), *el-Hudûdü'l-Enîka ve't-Ta'rîfâtü'd-Dakîka*

* Kâsım el-Konevî (ö.978/1570), *Enîsü'l-Fukahâ fî Ta'rîfâti'l-Elfâzi'l-Mütedâvile beyne'l-Fukahâ*

11. Kanunlar ve Kararnâmeler

İslâm dünyasında XIX. yüzyılın ikinci yarısında başlayan kanunlaştırma hareketleri ile ortaya konan şer'î kanun metinlerini, yeni bir fıkıh edebiyatı türü olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Daha önceki padişah kanunnameleri, fıkıh değil siyaset ürünü olduğu ve büyük oranda örfî ve laik hükümler de içerdikleri için fıkıh eseri olarak değerlendirilemezler.

* *Arazi Kanunu* (1858)

* *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* (1869-1876)

* *Hukûk-ı Aile Kararnâmesi* (1917)

* *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyye Nizamnamesi* (1917)

Şer'î anlayışla hazırlanan bu kanunlar[84] yanında yer yer Batı etkisini taşıyan, bu sebeple de tam anlamıyla fıkıh ürünü sayılmayan başka bazı tedvinlere de burada işaret etmekte yarar vardır:

* *Ceza Kanunnâmesi* (1840)

* *Kanun-ı Cedîd* (*Ceza Kanunnamesi*) (1851)

* *Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu* (1858)

* *Ticaret Kanunnamesi* (1850)

* *Usûl-i Muhâkemat-ı Cezâiyye ve Hukukıyye Kanunları* (1879)

Mısır Hidivi tarafından Muhammed Kadri Paşa'ya (ö.1306/1888) hazırlatılmakla birlikte resmî olarak yayımlanıp yürürlüğe girmeyen şu iki kanun taslağı da burada hatırlanmalıdır:

* *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye* (Aile ve miras hukuku) (1875)

* *Mürşidü'l-Hayran ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsan fî Muâmelâti'ş-Şer'iyye alâ Mezhebi'l-İmam Ebî Hanîfe en-Nu'mân* (Eşya ve borçlar hukuku) (1890'da ders kitabı olarak neşredilmiştir.)

12. Tabakâtü'l-Fukahâ Literatürü

Mezhep içinde yetişmiş önemli fakihlerin hayatlarının anlatıldığı ve eserlerinin listesinin verildiği kitaplardır. Bu tür kaynaklar, bir anlamda, her bir mezhebin o kitabın yazıldığı zamana kadar olan tarihçesini anlatırlar.

a. Hanefî Mezhebi

* Abdülkadir Kuraşî (ö.775/1373) *el-Cevâhiru'l-Mudıyye fî Tabakâti'l-Hanefiyye*

* Kâsım b. Kutluboğa (ö.879/1474), *Tâcü't-Terâcim fî Tabakâti'l-Hanefiyye*

* İbnü'l-Hınnâî (ö.979/1572), *Tabakâtü'l-Hanefiyye*

---

84 Yine şer'î esaslara bağlı kalınarak *Nafaka Kanunu* adıyla bir başka kanun çalışması yapıldığı zannedilse de, bu isimle neşredilen eser, gerçekte Ali Haydar Efendi'nin hazırladığı bir taslaktan ibarettir.

* et-Temîmî el-Ğazzî (ö.1010/1601), *et-Tabakâtü's-Seniyye fî Terâcimi'l-Hanefiyye*

* Abdülhay el-Leknevî (ö.1304/1886), *el-Fevâidü'l-Behiyye fî Terâcimi'l-Hanefiyye*

b. Şâfiî Mezhebi

* Şîrâzî (ö.476/1083), *Tabakâtü'l-Fukaha*

* İbnü's-Sübkî (ö.771/1370), *Tabakâtü'ş-Şâfiiyyeti'l-Kübrâ*

* İsnevî (ö.772/1370), *Tabakâtü'ş-Şâfiiyye*

* İbn Kâdî Şühbe (ö.851/1447), *Tabakâtü'l-Fukahâi'ş-Şâfiiyye*

* Ebû Bekr el-Merivânî el-Gurânî Musannif (ö. 1014/1605), *Tabakâtü'ş-Şâfiiyye*

c. Mâlikî Mezhebi

* Kâdî İyâz (ö.544/1149), *Tertîbü'l-Medârik ve Takrîbü'l-Mesâlik*

* İbn Ferhûn (ö.799/1397), *ed-Dîbâcü'l-Müzheb fî Ma'rifeti A'yâni Ulemâi'l-Mezheb*

* Ahmed Baba et-Tinbüktî (ö.1036/1627), *Neylü'l-İbtihâc bi Tatrîzi'd-Dîbâc*

* Muhammed Mahlûf (ö.1941), *Şeceratü'n-Nûri'z-Zekiyye fî Tabakâti'l-Mâlikiyye*

d. Hanbelî Mezhebi

* İbn Ebî Ya'lâ el-Ferrâ (ö.526/1131), *Tabakâtü'l-Hanâbile*

* İbn Receb (ö.795/1393), *Kitâbü'z-Zeyl alâ Tabakâti'l-Hanâbile*

e. Diğer Mezhepler

* İbnü'l-Murtaza Ahmed b. Yahyâ (ö.840/1437), *Tabakâtü'l-Mu'tezile*

* Bedreddin Şemmâhî (ö. 928/1522), *Kitâbü's-Siyer* (Hâricî-İbâdî)

* Alihan el-Medenî eş-Şîrâzî (ö. 1130/1708), *ed-Derecetü'r-rafia fî Tabakâti''ş-Şîa*

* Seyyid Muhsin Emin (ö. 1952), *A'yânü'ş-Şîa*

* Muhammed Hüseyin Kâşifülğıtâ (ö.1954), *el-Abakâtü'l-Anberiyye fi't-Tabakâti'l-Ca'feriyye*

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri I-VII*, İstanbul 1990-94

Aybakan, Bilal, *"Fürû' Fıkıh Sistematiği Üzerine"*, *MÜİFD*, sy: 31 (2006/2), s. 5-32

__________, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, İstanbul 2007

Bedreddin İbn Cemâa (ö. 733/1333), *Tahrîru'l-ahkâm fî tedbîri ehli'l-İslâm*, Devha 1988 (Türkçe yayımı: *Adl'e Boyun Eğmek: Ehl-i İslâm'ın Yönetimi İçin Hükümler* (çev. Ö. Kavak), İstanbul 2010

Bilge, Necip, *Hukukun Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara 2007

Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara 1996

Dehîş, Abdülmelik b. Abdullah, *el-Menhecü'l-fıkhiyyü'l-âm li ulemai'l-hanâbile ve mustalahâtihim fî müellefâtihim*, 2007 (Mekke?)

DİA: *Ca'feriyye, Fıkıh, Hanefî Mezhebi, Hanbelî Mezhebi, Mâlikî Mezhebi, Muâmelât, Şâfiî Mezhebi* maddeleri

Ebû Zehra (ö. 1974), *İslâm Hukuk Okulları ve Sekiz Büyük İmam* (çev. İ. E. Dal), İstanbul 2006

Kallek, Cengiz, *İslâm Medeniyetinde İktisat Düşüncesi Tarihi: Harac ve Emval Kitapları*, İstanbul 2004

Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1999

Kaya, Eyüp Sait, *Hanefi Mezhebinde Nevâzil Literatürünün Doğuşu ve Ebu'l-Leys es-Semerkandî'nin Kitâbu'n-Nevâzil'i*, (Yüksek Lisans Tezi, 1996) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Keskioğlu, Osman (ö. 1989), *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, Ankara 1999

Muhammed İbrahim Ali, *Hanefî ve Şâfiîlerde Mezheb Kavramı* (çev. F. Beşer), İstanbul 1989

__________, *Istılâhu'l-mezheb inde'l-Mâlikiyye*, Dübey 2000

Özdemir, Muhittin, *Şâfiî Fürû Fıkıh Literatüründe Mezhep Görüşleriyle İlgili Kavramların Gelişimi*, (Doktora Tezi, 2010) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel, Ahmet, *Hanefi Fıkıh Âlimleri*, Ankara 2006

Özen, Şükrü, *İlm-i Hilâfın Ortaya Çıkışı ve Ebû Zeyd ed-Debûsî'nin Te'sîsü'n-nazar Adlı Eseri* (yüksek lisans tezi, 1988), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Şafak, Ali, *İslâm Hukukunun Tedvini*, Erzurum 1977

Tarîkî, Abdullah b. Muhammed, *Mu'cemu musannefâti'l-Hanâbile*, Riyad 2001

Yaman, Ahmet, "Bir Kavram Olarak 'Fıkıh Kaideleri' ya da İslâm Hukukunun Genel İlkeleri", *marife bilimsel birikim*, yıl:1, sayı:1 (2001), s. 49-75

KAMU HUKUKU

GİRİŞ

İslâm hukukunun sistematiğini incelediğimiz üniteden hatırlanacağı üzere onun ibâdât-muâmelât-ukûbât şeklindeki üçlü ayırımına karşılık, modern beşerî hukuk, kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ikili bir ayırma sahipti. Ceza alanı dışındaki hukuk konularının muâmelât kısmına dâhil olduğu da orada belirtilmişti.

İşte bu muâmelât alanının çok geniş olup içinde bulunan bağımsız hukuk konularının ayrı ayrı ele alınmasının bu ders kitabının sınırlı hacmi içinde mümkün olmayacağı gerekçesiyle, bunların arasında kamuyu ilgilendiren önemli bahisleri incelemeyi tercih ettik.

Kamusal yönü ağır basan, bir başka ifadeyle taraflardan en az birisini devletin oluşturduğu hukuk konuları arasında bu ünitede anayasa, devletler, yargılama ile mâlî hukuk üzerinde durulacaktır. Üniteye "Kamu Hukuku" başlığının konması, tasnif kolaylığı yanında, aynı zamanda sınırlı düzeyde de olsa modern beşerî hukukla bir karşılaştırma yapmaya zemin hazırlaması amacından kaynaklanmıştır.

I. Anayasa Hukuku

Bu hukuk dalı, devletin şeklini, kuruluş ve işleyiş esaslarını, ana organlarını ve bunların görevleriyle yetkilerini, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenler. Bütün bu hususları düzenleyen kanuna da *Anayasa* denir. Bu terim İslâm dünyasında *kânûn-ı esâsî*, *teşkîlât-ı esâsiyye* veya *düstûr* gibi adlarla anılmıştır. Devlet yönetimini ifade için de *el-imâmetü'l-uzmâ* ve *nizâmü'l-hükm* gibi kavramlar geliştirilmiştir.

Anayasa hukukunu ilgilendiren konular, genel fıkıh eserlerinde belli bir başlık altında ele alınmamış; yer yer salâtü'l-cumu'a, kazâ, siyer-cihad, bağy (buğât) başlıklarında değinilmiştir. İslâm hukukunun literatürünü tanıdığımız üniteden

hatırlanacağı üzere *el-ahkâmu's-sultâniyye* ile *es-siyâsetü'ş-şer'iyye* isimli eserler, devlet başkanlığı ekseninde anayasa konularını da ihtiva ediyordu. Alanın bazı ayrıntılarına da kelâm kitaplarının *imâmet* bahislerinde yer verilmiştir.

Anayasaların dünya hukuk tarihinde bilinen ilk yazılı örneği, Hz. Peygamber'in (s.a.) Medine'ye hicretinden hemen sonra şehir devletinin gayri müslim mensuplarıyla birlikte hazırladığı *Medîne Sözleşmesi*'dir. Bu metinle devletin unsurları olan halk, ülke ve egemenlik belirlenmiş; devleti oluşturan toplulukların idarî ve adlî yapıları ile sorumlulukları, bunların birbirleriyle ve yabancılarla olan ilişkileri, bireylerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri belirli esaslara bağlanmıştı.

Kur'ân'ın konuyla ilgili yönlendirmeleri, Medîne Sözleşmesi ile birlikte Hz. Peygamber'in bu alandaki Sünneti ve dört râşit halifenin uygulamaları, anayasa hukukunun müslümanlar nezdindeki temel kaynaklarını oluştururlar. Emevîlerden itibaren tarih boyunca yapılan kimi düzenlemeler ve uygulamalar, ilgili olduğu dönemin tarihsel şartlarıyla değerlendirilir ve dolayısıyla kaynaklık değeri taşımaz. Hatta Râşit Halifelerden sonra görülen birçok uygulama ve tercihin, İslâm'ın özgün ve ideal anayasa hukuku anlayışından bir sapma olduğu bile söylenebilir.

Burada aslî kaynaklardan yani Kur'ân, Sünnet ve Hulefâ-yı Râşidîn tatbikatından süzülerek çıkarılan anayasa anlayışının teorik bir özetini sunacağız.

A. Yönetim

İslâm, toplumun ve toplumların siyasal kimlik kazanmış biçimi olan devletin yönetimi için belli bir rejim önerisinde bulunmamış, bunun yerine yönetimde esas alınması gereken genel ilkelere işaret etmiştir. Söz konusu temel ilkelerin başlıcaları şunlardır:

* Genel hâkimiyet Allah'a aittir.

* Yasalar meşruiyetini Kur'ân ve Sünnet'ten alır.

* Toplum, yetki verdiği temsilcileri aracılığıyla kendisini yönetir.

* Devlet yapılanmasında, müslüman devlet başkanı (İmam) merkezî bir rol üstlenir.

* Yönetimin temel ilkesi şûrâdır.

* Hukuk devleti ilkesi esastır.

* Sosyal adaletin sağlanması temel hedeflerdendir.

* Din-vicdan özgürlüğü başta olmak üzere temel hak ve özgürlükler teminat altındadır.

* Toplum bütün insanlara açıktır.

Buna göre, yönetimde belli bir sınıf ya da zümre değil, bütün bir toplum söz sahibidir.[85] Toplum, yetki verdiği temsilcileri aracılığıyla kendisini yönetir ve gerektiğinde yönetime müdahale eder. Dolayısıyla siyasal iktidarı elinde bulunduranlar mutlak değil, bir taraftan genel ve kalıcı hâkimiyet sahibi Yüce Allah'ın buyrukları, diğer taraftan yine aynı buyruklara gönülden inanmış olan halkın iradesiyle sınırlandırılmış bir yetkiye sahiptirler. Bu da sonuçta, herkesi bağlayan ilahî ilkelere ters ya da halkın iradesine aykırı davranmalar söz konusu olduğunda; teknik ifadesiyle 'adalet ve istikametten sapıldığında' yönetimi uyarma ve gerektiğinde değiştirme (azl) hakkının toplumda olduğunu göstermektedir.[86]

Yönetimin ilahî buyruklarla kayıt altına alınması ve başlıca görevlerinden birisinin de dinin korunması olması, İslâm'ın teokratik bir yönetim modelini öngördüğü anlamına gelmez. Çünkü teokrasilerde iktidar, doğrudan doğruya Tanrı'dan alınır ve hükümdar Tanrı'nın temsilcisi olarak onun adına yönetim erkini kullanır. Oysa müslüman yönetici hiçbir ilahî sıfat ya da yetkiye sahip değildir.

Modern devlet anlayışında yönetimin yetki alanı içinde değerlendirilen yasama, yürütme ve yargı görevlerine gelince, İslâm geleneği şöyle bir tablo çizmektedir:

1. Yasama

Genel ilkeleri koymak ve çerçeve hükümleri belirlemek anlamında küllî yasama yetkisi (emr, hukm, şer', şeri'at), birçok Kur'ân âyetinin de vurguladığı gibi[87] Allah'a ve onun gözetimindeki Peygamber'e[88] aittir. Bununla birlikte Kanun Koyucu (Şâri') bazen ayrıntılara ilişkin hükümler de sevk etmiştir. İşte bu çerçeve içinde kalıp ictihad yani Kur'ân ve Sünnet'teki hukuk düşünce ve pratiğinden hareket etmek kaydıyla ayrıntılara ilişkin hüküm çıkarma anlamında

85 Âlü İmrân 3/159; eş-Şûrâ 42/38.

86 Müslim, "İmâra", 39; Ebû Dâvûd, "Cihad", 87.

87 Mesela bk. Âlü İmrân 3/154; el-En'âm 6/57; el-A'râf 7/3,54; er-Ra'd 13/2.

88 en-Nisâ 4/64-65; el-A'râf 7/157; el-Ahzâb 33/36; en-Nûr 24/63.

sınırlı yasama ise, müslüman hukuk bilginlerinin yetkisi dâhilinde olan bir işlemdir. Halkın doğrudan ya da literatürde *ehlü'l-hal ve'l-akd* (veya *ehlü'l-ihtiyâr*) diye isimlendirilen temsilcilerinin bey'atiyle/onayıyla devlet başkanlığı görevini üstlenenler, mevcut ictihadlardan istifade edebilecekleri gibi, hukukun açıkça düzenlemediği alanlarda dinin genel ilkeleriyle çatışmamak kaydıyla kendi yetkilerini de kullanabileceklerdir.

2. Yürütme

Esas itibariyle iktidarın elinde olan yürütme işlevi, dünyevî-beşerî bir özellik taşır. Bununla birlikte, bütün bürokratik uzantılarıyla yürütme organı da dinin genel ilke ve amaçlarıyla kayıtlıdır. Nitekim yerleşmiş bir genel fıkıh kuralına göre "*Raiyye yani tebea üzerine tasarruf maslahata menûttur*" , daha açık ifadesiyle ülke ve halk üzerindeki tasarruf, maslahat/yarar ilkesiyle kayıtlıdır. Şeyhulislâm Ebussuûd Efendi'nin (ö.982/1574) aynı doğrultudaki veciz cümlesiyle "*Nâ meşru olan nesneye emr-i sultânî olmaz*". Bütün bunların üstünde Hz.Peygamber'in buyruğuyla sabit olduğu üzere "*Allah'a isyan sayılan yerde herhangi bir yaratılmışa iteat olmaz*".[89] Fakat bunun dışındaki yapılandırma, yetkilendirme, denetleme ve işletme gibi konular, günün gereklerine göre değişebilecek hususlardır.

Yürütme, bir başka ifadeyle hükümet etme işi, tabiatı gereği kamu görevlilerini yani bürokratik mekanizmaları gerekli kılmaktadır. Fıkıh kaynaklarında *vezâret* terimiyle karşılanan bu mekanizmalarda iki tür vezirin (bakan veya yüksek bürokrat) görev yapacağı öngörülmüştür. Birincisi sadece müslüman olanların atanacağı tam karar yetkili vezirdir ki buna *tefvîz veziri* (وزير التفويض) denmiştir. Diğeri ise gayri müslimlerin de atanabileceği ve ancak uygulamaya yetkili vezirdir ki buna da *tenfîz veziri* (وزير التنفيذ) denmiştir.

Yürütme, devlet başkanının şahsında somutlaştığı için iktidara gelme ve ayrılma devlet başkanının belirlenmesiyle yakından alakalıdır. Devlet başkanının belirlenmesi için İslâm kaynakları belli bir yöntem önerisinde bulunmamış, bunu müslümanların seçim ve tercihine bırakmıştır. Seçimin nasıl yapılacağı, seçilmek için ne tür yeterlilikler ve nitelikler aranacağı, seçilenlerin hangi sürelerle iktidarda kalacağı gibi konular da ictihada açıktır. Yani zamana, şartlara ve ihtiyaçlara göre belirlenip gerektiğinde değiştirilebilir konumdadır.

89 Buhârî, "Ahkâm", 4; Müslim, "İmâre", 39-40.

3. Yargı

Hukuk devleti anlayışının ve toplumda adaleti tesis etme kaygısının zorunlu sonucu olan yargı fonksiyonu, gücünü ve meşruiyetini yönetimden (devlet başkanından) alır. Bununla beraber, karar verme süreci açısından devlet başkanından tamamen bağımsız bir karakter taşır.

İslâm hukuku hükümlerine göre adaleti tesis etmekle görevli olan yargıçlar[90], tam bir görev güvenliğine sahiptirler; sebepsiz yere azledilemezler; fakat verdikleri kararlar da naslara ve yargılama kurallarına aykırılık başta olmak üzere belli sebeplerle temyize açıktır. Mahkemelerin kuruluş ve işleyişi ise toplumsal ihtiyaçlara göre gelişime açık bir husustur.

Devlet yapılanmasında ve kurumların sağlıklı işlemesinde devlet başkanı (İmam) merkezî bir rol üstlendiğinden anayasa hukukunu ilgilendiren konular fıkıh literatüründe devlet başkanı merkeze alınarak incelenmiştir. Devlet başkanı, Hz. Peygamber'den sonra onun dini koruma ve toplumu yönetme görevine ardıl/halef olduğu için *halîfe* ismiyle anılmış; yönetimine de *hılâfet* denmiştir. İbn Haldûn (ö. 808/1405) gibi bazı bilginler ise, devlet başkanlığı makamında olan kişiye halîfe denmesinin, onun ümmete halef olmasından yani milleti temsil etmesinden kaynaklandığını söylerler. Öyle ya da böyle, devletin hılâfet, yöneticinin halîfe kelimeleriyle ifade edilmesi tamamen tarihî, semantik ve pratik bir tercihtir. Böyle olduğu içindir ki, Hz. Ömer (r.a.) bu kavramlar yerine *imâret* ve *emîru'l-mü'minîn* denmesini istemiştir.[91]

B. Temel İnsan Hakları

Evrensel bir çağrıya sahip olan İslâm, insanların tek bir kaynaktan (nefs) yaratıldığını, Âdem ve Havva'dan türetildiğini dolayısıyla ırk, renk, cinsiyet ve konum farkı gözetilmeksizin tıpkı tarağın dişleri gibi eşit olduklarını bildirmiştir.[92] Bu eşitlik, temel haklar açısından insanlar arasında bir ayırım yapılmamasının da ana gerekçesini oluşturmaktadır.

İnsanı diğer bütün yaratılmışlardan üstün tutan İslâm, onun vazgeçilmez haklarını da güvence altına alacak düzenlemeler yapmıştır. İnsan hakları, siyasî idarelerin bir bağışı değil, Yaratıcı'nın bir lûtfudur. Temel haklar söz konusu

---

90 en-Nisâ 4/58,134; Sâd 38/26.

91 Buhârî, "Fedâilü's-sahâbe", 8.

92 en-Nisâ 4/1; el-A'râf, 7/189; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 5/411.

olduğunda din ayrılığının bir önemi kalmamaktadır. Bu sebepledir ki, İslâm toplumunda yaşayan gayri müslimlerin can, mal, inanç ve değerleri, müslümanların sorumluluğundadır. Bu sorumluluk, fıkıh dilinde *zimmet* (الذمة) terimiyle ifade edilmiştir.

Temel insan haklarından başlıcaları şunlardır:

1. Yaşama ve Kişi Dokunulmazlığı Hakkı

Öncelikle herkes, yaşama hakkına, maddî ve manevî hayatı bakımından kişi dokunulmazlığı hakkına sahiptir. Bir cana kastetmek, en büyük suç ve günahlardan biridir.[93] Kasten işlenmesi halinde bir cinayet, sanki bütün insanları öldürmek gibi görülmüş ve karşılığında kısas yani ölüm cezası verilmiştir.[94] Bir gayri müslimi düşmanca duygularla kasden öldüren müslüman da Hanefîlere göre ölüm cezasına çarptırılır. Çoğunluk ise bu durumda müslüman kâtilin diyet ödeyeceğini söylemiştir.

Aynı şekilde kişilerin şeref ve haysiyetleri de, bunlara yönelik tecavüzlere ağır cezalar verilmek suretiyle korunmuştur.[95] Kur'ân'ın kişilerle alay edilmesini, onların kötü lakaplarla çağırılmasını hatta arkalarından çekiştirilmelerini bile bu çerçevede ele almış olması[96], İslâm'ın kişilik haklarına gösterdiği duyarlılığın anlamlı bir örneğidir.

2. Din ve Vicdan Hürriyeti

İnsanın yaşama hakkını böyle bir zemine oturtan İslâm, onun din ve vicdan hürriyetini de koruma altına almıştır. Hak ile bâtılın birbirinden ayrılmış ve hakkın bütün açıklığıyla ortaya çıkmış olduğunu bildiren Kur'ân, din seçiminde bir zorlama olamayacağını[97], isteyenin hür iradesiyle iman etmeyi, dileyenin de uhrevî sonuçlarına katlanıp küfrü tercih edebileceğini[98] söylemiştir. Kendi seçiminden sonra herkes dininin gereklerini rahatça yerine getirebilecek, çocuklarını buna göre eğitebilecek, kamu düzenini ilgilendiren konular dışında inancına göre yargılanabilecektir.[99]

---

93 el-Mâide 6/32; el-İsrâ 17/33.

94 el-Bakara 2/178; el-İsrâ 17/33.

95 en-Nûr 24/4.

96 el-Hucurât 49/11; el-Hümeze 104/1.

97 el-Bakara 2/256; el-Mâide 5/48; Yunus 10/99.

98 el-Bakara 2/26; el-Kehf 18/29; el-Ğâşiye 88/21–22.

99 el-Mâide 5/42.

Hz. Peygamber'in (s.a.) gayri müslimlerin dinleriyle baş başa bırakılmalarını emretmesi, kendi aralarındaki özel ilişkilerinde onlara inançlarına göre yargılanma hakkını tanıması din ve vicdan hürriyetinin müslüman bilincindeki boyutlarını gösteren dikkat çekici örnekler konumundadır. Ayrıca o, gayri müslimlere verdiği birçok eman ve ahid belgesinde, onların mallarına, canlarına, dinî hayat ve uygulamalarına, ailelerine ve mabetlerine bizzat kendisinin kefil olduğunu bildirmiştir.

Müslüman iken irtidâd edip dinden dönenlerin, "ihanet" suçlamasıyla yargılanıp ağır bir biçimde cezalandırılacakları yönünde görüşler bulunsa da bu noktada tercih edilen yaklaşım şudur: Mürted, sırf bu tercihi dolayısıyla cezâî takibata uğramaz. İslâm'la ilgili şüphelerinin giderilmesi ve doğruyu tekrar bulması için gayret gösterilir. Buna rağmen irtidâdında ısrar ederse kendisine ilişilmez. Fakat irtidâdını müslüman toplum aleyhine bozgunculuk ve fesad unsuru olarak kullanırsa ölüm cezasına çarptırılır.[100]

Yönetimin temel sorumluluklarından birisi olan dinin korunması, sırf inanç hürriyetini temin etmekten ibaret olmayıp inancı korumayı ve gereklerini yerine getirmeyi de içerir. Bu sebeple, devlet, İslâm'ın inanç değerlerinin korunması ve müslümanlarda inanç sapması/kayması oluşmaması için gerekli tedbirleri almakla da yükümlüdür.

3. Mülkiyet Hakkı

Temel haklar çerçevesinde ele alınabilecek mülkiyet hakkında da insanlar arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. "*Birbirinizin mallarını haksız şekilde yiyip tüketmeyin ve başkalarına ait meşru mallardan hiçbirini bilerek haksızlıkla tüketmek için hukukî hilelere başvurmayın!*"[101] şeklindeki genel kural yanında, nitelikli hırsızlığa el kesmek gibi çok ağır bir ceza verilerek[102] mülkiyet korunmuştur. Hz.Peygamber (s.a.) de, bütün insanlığın canlarının, mallarının ve namuslarının saygıdeğer olup koruma altına alındığını söylemiştir.[103] Daha somut bir ifadeyle "*Hiç kimse kardeşinin herhangi bir eşyasını ciddi ya da şaka yoluyla almasın; bir değneği bile alsa onu hemen iade etsin*"[104]; "*Bir şeyi alan onu sahibine vermediği sürece tazmin etmekle sorumludur*"[105] buyurmuştur.

---

100 Buhârî, "Diyât", 66; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1; Nesâî, "Tahrîm", 6; "Kasâme", 14.

101 el-Bakara 2/188.

102 el-Mâide 5/38.

103 Buhârî, "Hac", 132; Müslim, "Hac", 147.

104 Ebû Dâvûd, "Edeb", 193; Tirmizî, "Fiten", 3.

105 Ebû Dâvûd, "Büyû", 90; Tirmizî, "Büyû", 39.

Özel mülkiyetin bir hak olarak tanındığı ve dolayısıyla korunduğunu fakihler de şu genel kurallar ile kayıt altına almışlardır:

"*Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır*",

"*Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın âhar bir kimsenin tasarruf etmesi câiz değildir*",

"*Bilâ sebeb-i meşrû birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi câiz olmaz*",

"*Izdırâr, ğayrın hakkını iptal etmez*".

4. Sosyal Güvenlik Hakkı

Bundan maksat özellikle dar gelirli kimselerin temel ihtiyaçlarını karşılayabilecekleri ölçüde belli bir imkâna kavuşturulmasıdır. Bir başka ifadeyle sosyal güvenlik, yoksul kimselerin sosyo-ekonomik durumlarını düzeltmektir. İslâm bu yönde gönüllü infak yollarını sürekli teşvik etmekle kalmamış, devlet eliyle de bazı tedbirlerin alınmasını öngörmüştür. Bu çerçevede gayri müslimler de dâhil olmak üzere bütün vatandaşlara, hatta vatandaş statüsünde sayılmayan yabancılara (müste'men) bile devlet bütçesinden kaynak ayrılmıştır. Hz. Ebû Bekir'in gayri müslimlere verdiği "*Yaşlı biri çalışamaz hale gelir veya bir kaza geçirir ya da zengin iken yoksullaşır da dindaşları kendisine sadaka vermeye başlarsa o kimse, İslâm ülkesinde oturduğu müddetçe vergiden muaf olacak ve geçimi devlet hazinesinden sağlanacaktır*"[106] şeklindeki güvence, konunun uygulamadaki boyutlarını göstermektedir.

II. Devletler Hukuku (Uluslararası İlişkiler)

Devletler hukuku, günümüz beşerî hukuk sistematiğinde ilki kamu hukuku, ikincisi özel hukuk içinde olmak üzere Devletler Genel Hukuku ve Devletler Özel Hukuku biçiminde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Devletler Genel Hukuku, devletlerarası veya uluslararası ilişkileri, Devletler Özel Hukuku ise vatandaşlık, yabancılar hukuku ile farklı uyruğa sahip kişiler arasındaki hukukî ilişkilerde söz konusu olan kanunlar ihtilafı konularını ihtiva etmektedir.

Her iki ayırımıyla devletler hukukuna ilişkin hükümler, kapsamlı fıkıh eserlerinde genellikle *siyer*, *cihad*, *kıtâl* veya *ahkâmü'l-muharibîn* gibi başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıca *siyer* isimli müstakil eserler ile *el-ahkâmu's-sultâniyye* ve *es-siyasetü'ş-şer'iyye* literatüründe de konu değişik boyutlarıyla ele alınmıştır.

---

106 Ebû Yûsuf, *Kitabü'l-Harâc*, s. 143-144.

A. Uluslararası İlişkiler

"*...Her biriniz için farklı bir yol ve farklı bir hayat tarzı belirledik. Eğer Allah dileseydi hepinizi bir tek topluluk yapardı. Fakat indirdikleriyle sizi sınamak için (böyle takdir etti)...*"[107] âyetinden de anlaşıldığı üzere, insanların farklı siyasî ve sosyal gruplar kurmaları bir yaratılış gerçeğidir. İşte bu siyasî gruplar, bir başka deyişle devletler, diğerleriyle ilişki kurmadan tek başına yaşayamazlar.

Devletlerarası ilişkileri günlük siyasetin dışında belirli ilkeler çerçevesinde ele alıp ona hukuk formu kazandıranlar müslümanlar olmuştur. Bu alanda *es-Siyeru's-Sağîr* ve *es-Siyeru'l-Kebîr* isimleriyle ilk kitapları yazdığı için İmam Muhammed eş-Şeybânî (ö.189/805) birçok Batılı uzman tarafından devletler hukukunun kurucusu olarak tanıtılmıştır.

Kur'ân'ı Kerîm ve Resûl-i Ekrem'in Sünneti gibi ana kaynaklar ile Hulefâ-yı Râşidîn dönemi uygulamaları ekseninde geliştirilen uluslararası ilişkiler kuramı, son tahlilde İslâm'ın yüceliği ve dünya barışı şeklinde özetlenebilecek iki unsur üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla müslümanların uluslararası ilişkilerde takip edeceği siyaset, İslâm'ın saygınlığından taviz vermemek duyarlılığıyla yeryüzünde barış ve huzurun sağlanmasına dönük olmalıdır. Böyle olunca Kur'ân'ın bir fıtrat kuralı olarak öngördüğü "teâruf"[108], yani farklı toplulukların, insanlığın ortak çıkarı için beraberce gayret göstermesi hikmeti gerçekleşmiş olacaktır.

Birçok âyet-i kerîme yanında özellikle "*...Artık onlar sizi bırakıp çekilir de sizinle savaşmazlar ve barış teklif ederlerse, Allah onlara saldırmanıza izin vermez*"[109]; "*Bu yüzden biz İsrailoğullarına bildirdik ki, bir cinâyetin veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmanın cezası olarak işlenmesi dışında, kim bir insanı öldürürse bütün insanlığı öldürmüş gibi olur; kim de bir hayat kurtarırsa bütün insanlığı kurtarmış gibi olur...*"[110]; "*Eğer onlar barışa yönelirlerse sen de barıştan yana ol ve Allah'a güven!..*"[111]; "*Allah, inancınızdan dolayı sizinle savaşmayan ve sizi yurtlarınızdan çıkarmayan kimselere nezaketle ve adaletle davranmanızı yasaklamaz...Allah yalnızca, din hakkında sizinle savaşan, sizi yurtlarınızdan çıkaran ve çıkarılmanız için yardım eden kimselere dostlukla*

107 el-Mâide 5/48.
108 el-Hucurât 48/13.
109 en-Nisâ 4/90.
110 el-Mâide 5/32.
111 el-Enfâl 8/61.

yaklaşmanızı yasaklar; kim onlarla dost olursa, gerçek zâlimler işte onlardır."[112] meâlindeki âyetleri, toplumlararası ilişkilerdeki ilkesel tavrın sulh/barış yönünde olduğunu göstermektedir.

Söz konusu barış çağrısına rağmen Kur'ân, savaşın da bir insanlık gerçeği olduğunu göz ardı etmez. "*Eğer Allah, insanların bir kısmıyla diğerlerini savuşturmasaydı dünyanın düzeni bozulurdu...*"[113]; "*...Eğer Allah, bazı insanları diğerleriyle savmasaydı manastırlar, kiliseler, havralar ve içinde Allah'ın ismi çokça anılan mescidler yıkılır giderdi...*"[114] gibi âyetleri onun bu gerçekçi yönünü göstermektedir.

Şer'î hükümlerin amacı insanların yararını dengeli bir biçimde temin edip adaleti gerçekleştirmek olduğundan Kur'ân-ı Kerîm "*...Bir topluma olan öfkeniz sizi adaletsizliğe sevketmesin!*" âyetiyle[115] uluslararası ilişkilerde de adalet idesinin hâkim olmasını istemiştir. Bu açıdan bakıldığında savaşın, adalet ve insanlığa hizmet ideallerine dayandığı söylenebilir. Dolayısıyla insanlığı ilgilendiren bir haksızlığı gidermek ve inanç özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırmak amacıyla yapılan sıcak müdahaleler, hedefe ulaşılınca sona erdirilir. İşte bu çerçevede söz konusu olabilecek savaş, en genel ifadesiyle "*yeryüzündeki fesadı gidermek*" için meşru kılınmış[116]; herhangi bir savaş da bu amaçla uyumu oranında meşruiyet kazanmıştır.

Kur'ân, en geniş anlamda din ve vicdan hürriyetini tanımış, imanın baskı altında gerçekleştirilmesini doğru bulmamıştır.[117] Dolayısıyla İslâm, esasen kin ve nefrete yol açan savaşı bir tebliğ aracı olarak öngörmemiştir. Yine Kur'ân, sırf konjonktürel gerekler ve dünyevî yararlarla hasmâne duyguları tırmandırmayı doğru bulmamış; İslâm ülkesi ve müslüman varlığını korumak gibi meşru gerekçeleri bulunmayan savaşları kınamıştır.[118] İnsanın yaratılış itibariyle mâsum ve dolayısıyla canına kastedilmesinin haram olduğu hükmünü ilke olarak benimseyen fakihler, canlıları öldürmeyi, yerleşim yerlerini yıkmayı ve çevreyi tahrip etmeyi beraberinde getireceği için savaşın,

112 el-Mümtehine 60/8-9.
113 el-Bakara 2/251.
114 el-Hac 22/40.
115 el-Mâide 5/8.
116 el-Bakara 2/251.
117 el-Bakara 2/256; Yûnus 10/99; el-Kehf 18/29.
118 el-Bakara 2/205; el-Enfâl 8/47; el-Nahl 16/92

özü itibariyle güzel/hasen bir olgu olmadığını belirtmişlerdir. Onun içindir ki barış içinde özgürce yaşamak mümkün olduğu sürece savaş asla gündeme gelmemelidir.

Bu gerçekliğe rağmen özellikle Batılı yazarlar, İslâm'ın uluslararası ilişkiler kuramının barış değil savaş üzerine kurulduğunu ve ötekine karşı şiddeti esas alan bir devletler hukuku anlayışına sahip olduğunu söyleye gelmişlerdir. Bu iddialarının temel dayanaklarının başında da uluslararası toplumun fakihler tarafından *dârulharb* ve *dârulislâm* şeklinde ikiye ayrılıp İslâm dünyası dışında kalan yerlerin *dârulharb* (savaş ülkesi) olarak nitelendirilmiş olması gelmektedir.

Kur'ân ve hadislerde geçmemekle birlikte fakihlerin benimsediği bu iki terimin ortaya çıkışının tarihî ve askerî bir arka planı bulunmaktadır. Müslümanlar Medine'de bir devlet teşkilatına ve gücüne kavuştuktan sonra komşu devlet ve kabilelerle diplomatik ilişkiler kurulmak istenmişti. Muhatap devletlerin cevapları ilk anlarda genellikle olumsuz olup müslümanlara din ve vicdan hürriyeti tanınmayınca savaş ortamı doğmuştu. Bunun yanında İslâm'ın doğduğu andan itibaren en azılı düşmanlarının yaşadığı ve Medine ile sürekli savaş halinde olan bir Mekke vardı. Mekke'nin fethinden sonra da müslüman toplumlara karşı düşmanca tavırlar devam etmişti. Bu bağlamda yüzyıllar boyu süren Haçlı seferleri özellikle hatırlanmalıdır. İşte bu tarihî, siyasî ve askerî durum ilk fakihleri, dârulharb ve dârulislâm şeklinde bir siyasî-coğrafî ayırıma sevk etmiştir.

Devletlerarası ilişkilerin doğal niteliği, İslâm hukukunun barışı kural, savaşı istisna kabul etme esasına bağlı uluslararası ilişkiler kuramı ve yukarıda sunulan tarihsel arka plan dikkate alındığında uluslararası toplumun şu şekilde sınıflanması mümkündür:

A. İslâm ülkeleri (Dârulislâm).

B. Gayri müslim ülkeler (Dârulküfr).

Bu ikincisi de İslâm ülkeleriyle ilişkilerinin durumuna göre kendi arasında üçe ayrılır:

B1. İlişkileri dostane olanlar (Dârussulh)

B2. İlişkileri hasmane olanlar (Dârulharb)

B3. İlişkileri tarafsızlık ilkesine oturanlar (Dârulhıyâd)

Bu sınıflama, aynı zamanda İslâm devletler hukukunun temel normunu ortaya koyan şu ayet-i kerîmeyle de uyumludur: "*Allah, inancınızdan dolayı sizinle savaşmayan ve sizi yurtlarınızdan çıkarmayan kimselere nezaketle ve adaletle davranmanızı yasaklamaz...Allah yalnızca, din hakkında sizinle savaşan, sizi yurtlarınızdan çıkaran ve çıkarılmanız için yardım eden kimselere dostlukla yaklaşmanızı yasaklar; kim onlarla dost olursa, gerçek zâlimler işte onlardır.*"[119].

B. İslâm Toplumunda Gayri Müslimler

Devletin insan unsurunu tanımlamak amacıyla yapılan günümüz ulus-devlet anlayışındaki vatandaş-yabancı şeklindeki ikili ayırım yerine İslâm hukuk geleneği, inanç esasına dayanan müslüman-gayri müslim ayırımını benimsemiştir. Doktrine göre devletin kurucu ve aslî unsurunu müslümanlar oluştururlar. Gayri müslimler ise İslâm devletiyle olan siyasî ve hukukî bağlarına göre zimmî, müste'men, muâhid ve harbî olarak dört kategoride değerlendirilirler.

İslâm devletinin gayri müslim vatandaşına *zimmî*, İslâm ülkesine eman yani güvenceli izin (bir anlamda vize) alarak geçici bir süre kalmak üzere giren gayri müslime *müste'men* (veya *müste'min*), müslümanlarla barış halinde olan bir devletin vatandaşına *muâhid*, müslümanlarla savaş halinde olan devletin vatandaşına *harbî* denmiştir. Bunlar içinde zimmî, İslâm devletinin tebeası (ehlü dârilislâm) olup vatandaşlık bağı ile bu devlete bağlı olması yönüyle diğerlerinden ayrılır.

Zimmî ile müste'men hemen hemen aynı hukuk rejimine tâbidirler. Burada gayrı müslimlerin İslâm toplumundaki durumlarına dair fikir vermesi bakımından zimmîleri merkeze alan bir bilgi demeti sunacağız.

Güven, güvence ile antlaşma, yükümlülük, kesin söz vermek anlamlarındaki *zimmet* kökünün nispet ismi olan zimmî kelimesi 'kendisine güvence verilen, koruma altına alınan kişi'yi ifade eden bir terimdir. Müslümanlarla yaptıkları zimmet antlaşmasına bağlı olarak İslâm ülkesinin (dârülislâm) vatandaşı olarak yaşayan ve İslâm egemenliğini tanıyıp özel bir vergi olan *cizyeyi* ödemelerine karşılık devletten ve dolayısıyla müslüman toplumdan kendilerini ve haklarını koruma güvencesi (zimmet) alan gayri müslimler, birey olarak zimmî, topluluk olarak ehl-i zimmet (أهل الذمة) diye isimlendirilmişlerdir.

119 el-Mümtehine 60/8-9.

Zimmet antlaşması, konunun temelini oluşturan "*Kendilerine kitap verilenlerden Allah'a ve âhiret gününe iman etmeyen, Allah'ın ve Resûlünün haram kıldığını haram saymayan ve hak dini din edinmeyen kimselerle, boyun eğerek kendi elleriyle cizyeyi verinceye kadar savaşın!*"[120] ayeti dolayısıyla, daha çok savaşla bağlantılı gibi görünse de bunun dışında olağan durumlarda da söz konusudur.

Cumhur, sadece Ehl-i kitab'ın ve cizye konusunda Ehl-i kitap hükmünde sayılan mecûsîlerin zimmet antlaşması yapabilme hakkına sahip olduğunu söylerken Hanefîler ve Mâlikîler diğer din mensuplarını da içerecek biçimde daireyi genişletmişlerdir.

Bu antlaşma, zimmîler açısından bağlayıcı (lâzım) bir özelliğe sahip değildir. Dolayısıyla istedikleri zaman vatandaşlıktan çıkıp ülkeyi terk etme hakkına sahiptirler. Buna karşılık müslümanlar açısından bağlayıcı olduğu için zimmet antlaşması, devletin tek taraflı iradesiyle feshedilemez. Zira 'ahde vefa' İslâm'ın en temel ilkelerinden biridir. Antlaşma ancak zimmînin kendi isteğiyle bunu bozması veya antlaşma şartlarını çiğnemesi ve ihaneti sebebiyle feshedilebilir. Zimmînin müslümanlığı kabulü ise zimmet antlaşmasını kendiliğinden sonlandırır.

Kamu yönetimi ve inançla ilgili bazı istisnalar dışında genel kural, zimmîlerin müslümanlarla aynı hak ve sorumluluklara sahip olmalarıdır. Bu kural Hz. Peygamber'in "*Eğer İslâm egemenliğini tanıyıp vatandaşlığı kabul ederlerse onlara bildir ki, müslümanların lehine olan haklar onların da lehine, müslümanların omuzlarında olan yükümlülükler onların da omuzlarında olacaktır.*"[121] gibi buyrukları başta olmak üzere yahudi, hıristiyan ve mecûsîlerle bizzat yaptığı pek çok zimmet antlaşmasındaki yazılı hükümlere dayanmaktadır.

Bu genel ilkeye bağlı olarak zimmîler can ve mal dokunulmazlığına, din ve vicdan hürriyetine, müslümanlarca kutsal sayılan bölge ve mekânlara dönük bazı kısıtlamalar ile güvenlik amaçlı yasaklamalar dışında tam bir ikamet ve seyahat hürriyetine, kamu hizmetlerinden faydalanma, çalışma ve sosyal güvenlik hakkına, din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olarak şahıs, aile, miras ve borçlar gibi dinî inançla yakın ilgisi olan birçok özel hukuk alanında hukuk ve yargılama özerkliğine sahiptirler.

---

120 et-Tevbe 9/29.

121 Şâfiî, *Müsned*, II, 114-115.

Hayli geniş haklarına karşılık, zimmîlerin bir takım görev ve sorumlulukları vardır. Bunlar şöylece özetlenebilir:

- İslâm ülkesinin bir ferdi olduğu için İslâm'ın hâkimiyetini kabul etmek,

- Müslümanların inançlarına, hukuk kurallarına ve örflerine saygı göstermek,

- Müslüman toplumun güvenilir bir üyesi olmak,

- Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı davranışlardan uzak durmak,

- Aşağıda açıklanacak olan *cizye* ve *harâc* vergilerini ödemek,

- İbadetleri ile kendi aralarındaki din kaynaklı bazı özel hukuk ilişkileri dışında kalan konularda İslâm hükümlerini benimseyip uygulamak.

III. Yargılama Hukuku

Özel veya tüzel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların, çekişme ve ihtilafların mahkemelerde çözümlenmesinde takip edilen yöntemleri ve kuralları belirleyen hukuk dalı, *yargılama hukuku*dur. Ana konusu, davaların açılması ve görülmesindeki usûller olduğu için *usûl-i muhâkeme*, *usûl-i murâfa'a* veya sadece *usûl hukuku* olarak da adlandırılmıştır. Söz konusu yargılama kuralları fıkıh kitaplarının da'vâ, kadâ, edebü'l-kadâ veya edebü'l-kâdî, beyyinât, şehâdât, ikrâr ve sulh gibi başlıkları altında incelenmiş, ayrıca özel bir edebü'l-kâdî literatürü de gelişmiştir.

Burada önce, yargı/adliye teşkilatının eksenini oluşturan mahkemeler, ardından davalarda söz konusu olan ispat vasıtaları hakkında kısa bilgiler vereceğiz.

A. Mahkeme

Dava konusu olan anlaşmazlıkların duruşma yoluyla çözüldüğü adlî-kazâî kurum olan mahkeme, İslâm toplumlarında başlangıçtan itibaren ilkesel olarak tek hâkimli ve tek derecelidir. Yani davayı gören ve kararı veren tek yargıçtır ve verdiği karar *kazıyye-i muhkeme*dir yani kesin ve bağlayıcıdır; bir üst mahkeme (isti'nâf) yoktur. Bununla birlikte ihtiyaca bağlı olarak zamanla çok hâkimli ve dereceli mahkemeler de kurulmuştur.

Hâkim, karar verirken önce nasların açık hükümlerine uyar. Hakkında nas bulunmayan veya bulunmakla birlikte yoruma açık olan konularda şayet ictihad yeterliliğine sahipse kendi ictihadına, değilse mevcut ictihadlardan uygun

bulduğu birisine göre hüküm verir. Eğer belli bir mezhebe veya ictihada göre hüküm vermek üzere tayin edilmişse onun dışına çıkamaz. Nitekim mezheplerin oluşup yerleşmesinden sonra hâkimler, belli bir mezhebe tâbi olarak hüküm tesis etmişler ve takdir haklarını da o mezhebin genel esaslarına bağlı kalarak kullanmışlardır.

Taraflar verilen karara ancak usûl açısından yani yargılama kurallarına ve açık delillere aykırılık iddiasıyla itirazda bulunabilirler. Bu durumda karar, baş yargıçlık (*kâdı'l-kudâtlık*) makamında veya onun izniyle kurulan üst mahkemede temyîz edilir. İnceleme sonucunda karar ya onanır ya da bozulur ve davanın yeniden görülmesi (isti'nâf) sağlanır. Eğer yargıç, olayla ilgili nas veya kanun bulunmadığı için ictihad ederek bir karar vermişse, ictihadlar arasında değer farkı olmadığı ve bir ictihad bir başka ictihadla bozulamayacağı için temyîz mahkemesi, kendi ictihadına uymadığı gerekçesiyle bu kararı bozamaz.

B. İspat Vasıtaları

Dava ancak delil ile ispat edilebilir. "*Burhan ile sâbit olan şey ayânen sâbit gibidir*" yani delil ile ispat edilen şey gözün önünde bulunan somut maddî gerçek gibidir.

Yargılama hukukundaki genel kurala göre "berâet-i zimmet asıldır" yani masumiyet karinesi gereği kişi suçsuz ve borçsuz sayılır. Bu yönde bir iddia varsa "*beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir*".[122] Dolayısıyla iddia sahibi olan davacı, bu son kural gereği iddiasını delil ile ispat etmek zorundadır. İspat edinceye kadar kendisine *müddeî*, ispat ettikten sonra *muhık* (haklı veya hak sahibi) denir.

Hâkim mahkemeye sunulan delillere göre hüküm verir. Nitekim Hz. Peygamber "*Siz benim önümde davacı ve davalı oluyorsunuz. Ben sizin sunduğunuz delillere göre karar veriyorum. Olur da biriniz (haksız olduğu halde) kendi delilini diğerine göre daha iyi ortaya koyar ve ben de onun lehine hüküm veririm. Dikkat edin! Kime böyle bir hüküm vermişsem bilsin ki eline ateşten bir parça vermiş olurum*"[123] buyurarak delillerin yargı sürecindeki önemine işaret etmiştir.

---

122 Buhârî, "Rehin", 6; Tirmizî, "Ahkâm", 12.

123 Buhârî, "Şehâdât", 27; Müslim, "Akdıye", 4.

Mahkemede gündeme getirilen ispat vasıtalarına "tarîk", "turuku'l-kazâ" veya "esbâbü'l-hükm" adı verilir. Başlıcaları şunlardır:

1. İkrâr

Mükellef bir kişinin başkasına olan borcunu, bir hakkı veya işlediği bir fiili herhangi bir zorlama olmaksızın itiraf etmesidir. Ceza davalarındaki ikrârın mahkemede yapılması şarttır. "*Kişi ikrârıyla muâheze olunur*" kuralı gereğince, itirafta bulunan kişinin aleyhine hüküm verilir. Birçok ayet ve hadis ikrârın aleyhte bir ispat vasıtası olduğunu beyan etmektedir.[124]

Töhmetten uzak olması yönüyle en kuvvetli ispat vasıtası sayıldığı için ikrârda bulunanın doğruluğu ayrıca araştırılmaz. Diğer deliller başkasını ilgilendirirken ikrâr, kişinin kendisiyle sınırlı olduğu için başkasını etkilemez. Bu özellik şu kâide ile belirtilmiştir: "*Beyyine, hüccet-i müteaddiye ve ikrâr hüccet-i kâsıradır*".

2. Şehâdet

Gerek hukuk gerek ceza davalarında olayı gözleriyle görüp şahit olan kimsenin, hâkimin huzurunda bunu açık şahitlik lafızlarıyla ortaya koyması en bilinen ispat vasıtasıdır. Birçok ayet ve hadis bunun önemine işaret etmiştir.[125]

Yalan şahitlik yapma ihtimali bulunduğu için şahitlerin güvenilirliklerinin mahkemeden önce araştırılması gerekebilir ki buna *tezkiye-i şühûd* veya kısaca *tezkiye* ya da *ta'dîl* denmiştir. Ceza davalarında şart olan tezkiye, hukuk davalarında hasmın isteği üzerine yapılır.

Şahitliğin iki boyutu vardır. Birincisi olay ya da hukukî işlem gerçekleşirken ona şahit olmaktır. Bu ilk boyuta *tahammülü'ş-sehâdet* denmiştir. İkincisi, çağırıldığında bu olay ya da işleme ait bilgisini mahkemede açıklamasıdır. Bu ikinci boyut *edâü'ş-şehâdet* diye isimlendirilmiştir.

İlk aşama olan tahammül şahitliği için kişinin âkil yani akıl sağlığı yerinde ve temyiz gücüne sahip olması ile hadiseyi bizzat görmesi şartları aranır. Tanıklığın mahkemede edâsı için ise şahidin şu ek şartlara sahip olması gerekir:

---

124 bk. el-Bakara 2/282; en-Nisa 4/135; Buhârî, "Hudûd", 28, 30; Müslim, "Kasâme". 17.

125 bk. el-Bakara 2/282-283; et-Talâk 65/2; Ebû Dâvûd, "Akdıye", 12.

a. Müslüman olmak. Gayri müslimin, bir müslümanın aleyhine yapacağı şahitliği geçerli değildir.[126] Gayri müslimler Hanefîlere göre kendi aralarındaki davalarda şahitlik yapabilirler.

b. Bâliğ olmak. Temyiz gücüne sahip olsa bile çocuğun tanıklığına itibar edilmez.

c. Hür olmak.

d. Konuşabilmek (Nutk). Fakihlerin çoğunluğuna göre dilsizin şahitliği kabul edilmez.

e. Âdil olmak. Dinî emirlere bağlılık diye özetleyebileceğimiz adaletin ayrıntıları üzerinde ihtilaf bulunmaktadır. Hanefîler adaletin tesbitinde, büyük günahlardan kesinlikle uzak kalıp küçüklerinde ısrarlı olmamayı, farzları yerine getirmeyi ve iyiliklerinin kötülüklerinden fazla olmasını ölçü almışlardır. Bu niteliklere sahip olmayanlara fâsık denmiş ve şahitlikleri kabul edilmemiştir.

f. Kazif cezası almamış olmak. Namuslu ve iffetli insanlara zina iftirasında bulunmak ve bunun sonucunda kazif cezasına çarptırılmak, kişinin tanıklık ehliyetini etkiler.[127] Hanefîler kâzifin şahitlik ehliyetini ebediyyen kaybedeceğini söylerken cumhur, tövbe etmiş olması halinde bu ehliyete tekrar sahip olacağı hükmünü benimsemiştir.

g. Müttehem olmamak yani davadan bir menfaati bulunmamak. Buna göre mesela alt ve üst soylar (anne-baba, nine-dede; çocuk-torun) birbirleri lehine, karı koca birbirinin lehine, işçiler işveren lehine, kişi düşmanının aleyhine şahitlik yapamaz.

h. Dava, had veya kısas davası ise erkek olmak. Kadınların psikolojilerini hesaba katarak yanılmayı en aza indirebilmek ve şüpheleri bütünüyle ortadan kaldırabilmek için konusu had ve kısas olan ceza davalarında sadece erkeklerin tanıklıklarına itibar edilir.[128]

3. Yemin

Hukuk davalarında bir ispat aracı olan yemin, sözünün veya verdiği haberin doğruluğu konusunda kişinin Allah adına and içmesidir. Yukarıda geçen hadis gereğince yemin, davacıya değil davalıya yani iddiayı reddedene düşer.

126 el-Bakara 2/282; en-Nisâ 4/41.

127 en-Nûr 24/4.

128 en-Nisâ 4/15; en-Nûr 24/4.

Çünkü "*Beyyine, hılâf-ı zâhiri ispat için ve yemin, aslı ibkâ içindir*". Davacı iddiasını ispat edemezse hâkim onun talebiyle davalıdan söz konusu iddianın doğru olmadığına dair yemin etmesini ister. Davalı bu yönde yemin ederse dava düşer.

4. Yeminden kaçınma (Nükûl)

Aleyhindeki iddianın doğru olmadığına dair yemin etmesi istenen davalının buna yanaşmaması, fıkıh diliyle *nükûlü* (النكول), Hanefîlerce ikrâr ve itiraf gibi değerlendirilmiştir. Bu durumda hâkim, nikâh, nesep, had ve kısas davaları gibi bazı istisnalar dışında davacının lehine hüküm verir. Cumhura göre davalının (müddeâ aleyh) yeminden imtinası, aleyhine hüküm verilmesine gerekçe olamaz. Bu durumda yemin davacıya (müddeî) döndürülür; yemin ederse dava lehine sonuçlanır, değilse açtığı davayı kaybeder.

5. Karîne

Fakihler apaçık ve neredeyse kesin bilgiye ulaştıran göstergeleri *karîne-i kâtı'a* olarak isimlendirmiş ve bir ispat yolu olarak kabul etmiştir. Bu kabul ve tanım *Mecelle*'de "*Esbâb-ı hükümden birisi dahi, karîne-i kâtı'adır. Karine-i kâtı'a, hadd-i yakîne bâliğ olan emaredir*" (md. 1740-1741) cümleleriyle kanunlaştırılmıştır. Klasik örneğe göre, elinde kanlı bir bıçakla bir evden çıktığı görülen kimse, ondan hemen sonra o eve girildiğinde, bıçaklanarak öldürülmüş olarak bulunan bir kişinin kâtili sayılır.

6. Yazılı belgeler (el-Hucecü'l-hattıyye)

Tahrife açık olduğu için yazılı veya mühürlü belgeler ancak başka delillerle, özellikle de şahitlerle desteklenmek kaydıyla ispat aracı sayılmıştır. Üzerinde oynama yapılmadığı ve bozulmadığı kesinlikle bilinen yazılı belgeler, hükme dayanak olur. *Mecelle*'nin ifadesiyle "*Yalnız hat ve hatm ile amel olunmaz. Fakat şüphe-i tezvîr ve tasni'den sâlim ise ma'mûlün bih yani medâr-ı hüküm olur, başka vech ile sübûta hâcet kalmaz*" (md. 1736).

7. Kasâme

Fâili meçhul cinayetlerle ilgili özel bir ispat yoludur. Kasâme (القسامة), cesedin bulunduğu köy veya mahalle halkından elli kişinin cinayeti işlemediklerine ve işleyeni bilmediklerine dair yemin etmeleridir. Bu yemin üzerine, öldürülenin diyetini o yerin mükellef erkekleri müştereken öderler.

8. Hâkimin özel bilgisi (İlmü'l-kâdî)

Davaya bakan hâkimin, bir cinayeti görmesi, bir ikrârı işitmesi gibi taraflar ve olay hakkındaki şahsi bilgisinin delil olup olmayacağı tartışmalıdır. Hanbelî ve Mâlikîler bunu kabul etmezken Ebû Hanîfe ceza davalarında değil hukuk davalarında ve ancak görev sırasında elde ettiği bilgilerle sınırlı olmak kaydıyla bunu onaylamıştır. İmâmeyn ve Şâfiîler ise genel anlamda bunu bir ispat yolu olarak benimsemişlerdir.

Bu bahsi, yargılama hukukumuzun önemli bir ayrıntısını teşkil eden "hukuk davalarında bir şahit ve bir yeminle hüküm vermek" konusuyla bitirelim.

Davacı, iddiasını ispat için iki değil tek şahit bulsa, ikinci şahidin yerine de kendisi haklılığına dair yemin etse acaba bu durum, davacının lehine hüküm vermek için yeterli sayılır mı? Fıkıh kaynaklarında "*el-kadâ bi şâhid ve yemîni'l-müddeî*" diye ele alınan bu meselede köklü görüş ayrılığı (hılâf) vardır. Hukuk davalarını ispat için en az iki şahidin gerekli olduğu yönündeki genel yargılama ilkesi ile davada yeminin, iddiayı inkâr eden davalıya düşeceğini beyan eden yukarıdaki hadise istinaden Hanefîler, böyle bir hüküm yolunu reddetmişlerdir. Buna karşılık çoğunluk, Hz. Peygamber'in ve bazı sahâbîlerin uygulamalarına dayanarak bu yöntemi bir ispat yolu olarak kabul etmişlerdir.

IV. Mâlî Hukuk (Kamu Maliyesi)

Devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için gereken gelirin elde edilmesini ve bunların usûlünce harcanmasını, kamu mallarının kullanımını ve yönetimini düzenleyen hukuk kurallarının bütünü mâlî hukuku oluşturur. Kamu gelirlerinin en büyük kaynağı vergilerdir. İşte bu vergilerle birlikte bütün gelirlerin ve giderlerin gösterilmesini ifade eden bütçe, mâlî hukukun ana konularını teşkil ederler.

Genel fıkıh kitaplarının *zekât*, *siyer-cihâd* ve bu kapsamda *ğanâim*, *harâc*, *cizye* ve *uşûr* gibi başlıkları altında bazı yönleri ele alınan konu, özellikle *el-emvâl*, *el-harâc*, *el-ahkâmu's-sultâniyye* ile *es-siyâsetü'ş-şer'iyye* türü kitaplarda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Burada kamu harcamalarından sarf-ı nazar ederek belli başlı kamu gelirlerini yani vergi çeşitlerini tanıyacağız.

Vergiler ilk aşamada şer'î ve örfî olarak ikiye ayrılır. İslâm hukukunun ana kaynakları olan Kur'ân ve Sünnet tarafından konulmuş olan vergilere *et-tekâlîfü'ş-şer'iyye* denirken, ihtiyaca bağlı olarak devletin koyduğu ilave vergilere *et-tekâlîfü'l-örfiyye* ismi verilmiştir. Bu ikincisi klasik kaynaklarda *en-nevâib* terimiyle de ifade edilmiştir.

Harcama alanları farklı olacağı için şer'î vergiler, alındığı kişinin dinine göre ikiye ayrılır:

A. Müslümanlardan Alınan Vergiler

Bunların başında zekât gelir. Zekât gelirlerini şu şekilde sınıflamak mümkündür

1. Paraların (nükûd) zekâtı.
2. Ticaret mallarının (urûz) zekâtı.
3. Hayvanların (sevâim) zekâtı.
4. Zirâî ürün (hâric) zekâtı (öşür).
5. Madenlerin ve definelerin (rikâz) zekâtı.

Zekât dışında müslümanlardan nevâib türü vergiler de alınabilir. Bundaki temel ilke, nevâibin konulmasının gerçekten gerekli hale gelmesi ve oranlarının âdil ve makul biçimde tespitidir. Mesela gümrük vergisi (uşûr) bu tür vergilerdendir. Esasında gayri müslimlerden alınan bu vergi Hz. Ömer tarafından müslüman ithalatçılara da % 2,5 olarak uygulanmıştır.

B. Gayri Müslimlerden Alınan Vergiler

Beytü'l-mâl denen hazinenin müslüman olmayanlardan savaş yoluyla elde ettiği gelirlere ganimet (çoğulu: ğanâim) denir. Ganimeti teknik anlamdaki vergi kapsamında değerlendirmek zordur. Zira vergi, vatandaştan veya yurda emân yani güvence alarak izinli giren yabancıdan (müste'men) alınan hazine geliridir.

İşte ister vatandaş (zimmî) olsun ister belli bir süre ikâmet izni verilmiş yabancı (müste'men) olsun gayri müslimlerden normal toplumsal ilişkiler çerçevesinde bazı vergiler alınır ki bunlara genel olarak *fey* adı verilir. Başlıca fey gelirleri şunlardır:

1. Cizye

Zimmîlerden alınan bir vergidir. İslâm egemenliğini tanıyıp müslümanlarla yaptıkları zimmet antlaşması çerçevesinde İslâm ülkesinin (dârülislâm) vatandaşı olarak yaşayan gayri müslimler, yukarıda da geçtiği gibi, birey olarak zimmî, topluluk olarak ehl-i zimmet diye isimlendirilmişlerdir. Baş vergisi (harâcü'r-ra's veya harâcü'r-rikâb) olarak nitelenen cizye (الجزية), zimmet akdinin zorunlu bir sonucudur.[129] Genel güvenliklerinin sağlanması karşılığında alınan bu vergi ile fakihlerin çoğunluğuna göre sadece ergin, akıl ve beden sağlığı yerinde ve ödeme gücü bulunan erkekler mükelleftir. Buna göre küçükler, kadınlar, akıl sağlığı yerinde olmayanlar, körler, kötürüm olanlar, yatalak hastalar, çalışamayacak ölçüde yaşlı olanlar, yoksullar ve çoğunluğa göre din adamları bu vergiyi ödemezler. Ülke savunmasına fiilen katkıda bulunanlar ve devlete yararlılıkları olanlar da cizyeden muaf tutulmuşlardır. Cizye miktarı, anlaşmaya ve şartlara göre değişkenlik arz edebilir.

2. Harâc

Gayri müslimlerin arazilerine harâc arazisi, ondan alınan vergiye de *cizyetü'l-arz* veya *harâcü'l-arz* ya da kısaca *harâc* denir. Bu araziyi işleten kişi bir müslüman olsa da alınan vergi harâc kapsamındadır, zira verginin sebebi arazinin kendisi ve kimliğidir.

İki çeşit harâc vergisi vardır:

a. Harâc-ı muvazzafa (خراج الموظفة): Arazi ekilsin ya da ekilmesin dönümü başına senelik belli bir miktar olarak konulan vergidir.

b. Harâc-ı mukâseme (خراج المقاسمة): Arazinin yetiştirdiği üründen verimliliğe göre 1/2, 1/3 veya 1/4 gibi ondalık oranlarla alınan vergidir. Bu harâc çeşidi ürüne bağlı olduğu için birden fazla ürün alınırsa vergi de tekrarlar, ürün olmazsa vergi düşer.

3. Uşûr

Uşûr (العشور) dış ticaret yapan gayrı müslimlerden alınan gümrük yani ithalat vergisidir. Hz. Ömer döneminde kurumsallaşan bu vergi, o dönemde müslümandan % 2,5; zimmîden % 5, yabancıdan % 10 oranında tahsil ediliyordu. Uşûr vergisinin hangi kalemlerden alınacağı ve oranları devletlerararsı ilişkilere ve ictihada bağlı olarak değişebilir.

---

129 et-Tevbe 9/29.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara 1996.

Aslan, Nasi, *İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Ankara 2005.

Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Ankara 1979.

Ayengin, Tevhit, *İslâm ve İnsan Hakları*, İstanbul 2007.

Berki, Ali Himmet, *İslâm Şeriatında Kaza*, Ankara 1962.

Beroje, Sahip, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku*, Ankara 2007.

Beşer, Faruk, *İslâm'da Sosyal Güvenlik*, Ankara 1987.

Ebû Ubeyd (ö. 224/838), *Kitabü'l-Emvâl* (nşr. M.Imâra), Kahire 1989; Türkçe yayımı: Kitabü'l-Emvâl (çev. C. Saylık), İstanbul 1981.

Ebû Yûsuf (ö. 182/798), *Kitabü'l-Harâc*, Kahire 1396; Türkçe yayımı: *Kitabü'l-Harâc* (çev. A. Özek), İstanbul 1970.

Erbay, Celal, *İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, İstanbul 1999.

Erkal, Mehmet, *İslâm'ın Erken Döneminde Vergi Hukuku Uygulamaları*, İstanbul 2009.

Eskicioğlu, Osman, *İslâm Hukukunda Vergiler: Yahya b. Adem ve Kitabü'l-Harâc Adlı Eseri*, İzmir 1996.

Hamîdullah, Muhammed (ö. 2002), *İslâm Anayasa Hukuku* (ed. V. Akyüz), İstanbul 1995.

İbn Teymiyye (ö. 728/1328), *es-Siyâsetü'ş-şer'iyye*, Dımaşk 1985; Türkçe yayımı: *Siyaset* (çev. V. Akyüz), İstanbul 1985.

Kallek, Cengiz, *İslâm Medeniyetinde İktisat Düşüncesi Tarihi: Harac ve Emval Kitapları*, İstanbul 2004.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku I*, İstanbul 1986.

Mâverdî (ö. 450/1058), *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, Beyrut ty., Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye; Türkçe yayımı: *İslâm'da Devlet ve Hilafet Hukuku* (çev. A. Şafak), İstanbul 1994.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, (haz. Ali H. Berki), İstanbul 1978.

Özel, Ahmet, *İslâm Hukukunda Milletlerarası Münasebetler ve Ülke Kavramı*, İstanbul 1982.

Senhûrî, Abdurrazzâk (ö. 1971), *Fıkhu'l-hılâfe ve tatavvuruhâ*, Kahire 1989.

Serahsî (ö. 483/1090), *Şerhu's-Siyeri'l-kebîr*, Kahire 1958-1971; Türkçe yayımı: *İslâm Devletler Hukuku* (çev. İ. Sarmış-S. Şimşek), Konya 2001.

Tuğ, Salih, *İslâm Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı*, İstanbul 1984.

________, *İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri*, İstanbul 1969.

Türcan, Talip, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara 2001.

Yaman, Ahmet, *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara 1998.

________, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, İstanbul 1998.

Yeniçeri, Celal, *İslâm'da Devlet Bütçesi*, İstanbul 1984.

Zeydân, Abdulkerim, *Ahkâmu'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn fî dâri'l-İslâm*, Bağdat 1982.

CEZA HUKUKU

GİRİŞ

İnsanın bir toplum içinde yaşamak zorunda olduğu, bunun için de toplumsal düzen kurallarına ihtiyaç bulunduğu ilk ünitede belirtilmişti. Toplumsal hayat zorunlu olarak karmaşık ve çok boyutlu ilişkiler geliştirmeyi, bu esnada menfaat çatışmalarını ve kimi zaman bazı kişilerin hukuka aykırı davranışlar sergilemesini beraberinde getirir. İnsanın hırslı, aceleci, çıkarcı ve bencil tabiatı ile şeytanın saptırması, hukuka aykırılıkların gerek sayısını gerek derecesini yükseltir ve mâşerî vicdanın ve hukukun "suç" saydığı eylemlerin gerçekleşmesine sebep olur. Böyle eylemler toplumsal düzeni bozar; hayatı, dini, aklı, ırzı ve malı tehlikeye maruz bırakır.

İşte bozulan toplumsal düzeni yeniden sağlamak, hukuku çiğneyenleri cezalandırarak suçun işlenmesini önlemek ve suça eğilimli olanları caydırmak amacıyla bireyleri ve toplumu temsilen devlet, yaptırım gücü olan hukuk kuralları tespit eder. Suç ve cezayla ilgili bu kurallar bütününe *ceza hukuku* denir. Kurumların çalışma düzenini korumak amacıyla memurlara uygulanan *disiplin hukuku* (disiplin suç ve cezaları) bu kapsamda değerlendirilmez.

Toplumsal kuralları olan her sistem gibi İslâm da, öngördüğü düzeni bozanları ve hukuk kurallarına aykırı hareket edenleri ceza yaptırımına tabi tutmuştur. Bu yaptırımlar, yukarıda sayılan insan ve toplum için vazgeçilemez beş temel değeri koruma amacına matuftur.

İslâm hukukunun sistematiğini incelediğimiz yerde gördüğümüz gibi, ceza hukuku alanı *ukûbât* (العقوبات) terimiyle ifade edilmektedir. Her ne kadar fıkıh eserlerinde böyle genel bir başlık bulunmayıp suç ile cezalar ayrı ayrı ve kazuistik yöntemle ele alınsa da "karşılık, ceza" gibi anlamları olan bu terim (tekili: ukûbet), alanın bütününü karşılamak üzere kullanıla gelmiştir. Bu kadar yaygın olmamakla birlikte *mezâcir* (المزاجر; tekili: mezcer) kelimesine de aynı içeriği karşılamak üzere zaman zaman yer verilmiştir.

Ceza hukukunu ilgilendiren hükümler, genel fıkıh eserlerinin *hudûd*, *ta'zîr*, *cinâyât*, *kısâs*, *diyât*, *ikrâh*, *cirâh*, *dimâ* gibi bölümlerinde sevk edilmiş, ayrıca kimi uzantılarına *el-ahkâmu's-sultâniyye*, *es-siyâsetü'ş-şer'iyye*, *harâc* ve *emvâl* literatürü gibi kamu hukukuna özel eserlerde değinilmiştir. Günümüzde *et-teşrîu'l-cinâî*, *kânûnü'l-ukûbât*, *el-cerîme ve'l-ukûbe* gibi başlıklandırmalar da kullanılmaktadır.

Bu ünitede daha çok çağdaş sistematik eserlerden istifadeyle önce İslâm hukukundaki suç ve ceza teorisi üzerinde duracak ardından belli başlı suç ve cezaları tanıyacağız.

I. Suç

A. Tanımı

Kısaca "hukuk düzeni tarafından yasaklanan ve yapılması halinde fâilinin cezalandırılmasını gerektiren fiil" şeklinde tanımlayabileceğimiz suç kavramını karşılamak üzere fıkıh eserlerinde *cerîme*, *cürm* ve *cinayet* kelimeleri kullanılmıştır. Cinayet (çoğulu: cinâyât) kelimesi, diğer ikisinden daha dar bir anlama sahiptir ve genellikle öldürme ve yaralama gibi suçlar için kullanılır. Hayvanların verdiği zararlar (cinâyetü'l-acmâ veya cinâyetü'l-hayevân) ya da onlara yönelik suç teşkil eden eylemler (el-cinâye ale'l-hayevân veya el-cinâye ale'l-behâim) de cinayet kelimesiyle ifade edilir.

Mâverdî ve Ebû Ya'lâ'nın suçla ilgili şu tanımları aynı zamanda onun kısımları hakkında da bilgi vermektedir: "Suç, Allah Teâlâ'nın had veya ta'zîr ile cezalandırdığı yasaklardır." Bu tanım hem suçun, bir kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerektiği için *kanunîlik* özelliğine vurgu yapmakta, hem de onun genel bir bakışla *had* (الحد) ve *ta'zîr* (التعزير) diye ikiye ayrıldığına işaret etmektedir. Aşağıda üçüncü bir tür olarak göreceğimiz *kısâs* (القصاص) gerektiren suçlar da, had gibi sınırları belli olması bakımından olsa gerek, bu tanımda ayrıca zikredilmemiştir.

B. Çeşitleri

Fıkıh literatüründe suçlar, naslarda açıkça belirlenmiş olup olmaması, içeriği ve cezasının infazının niteliği bakımından sınıflandırıldığı gibi, işlendiğinde ihlâl edilen hakkın sahibine göre de ayrıca sınıflandırılmaktadır. Şöyle ki;

1. Had – Kısâs veya Diyet - Ta'zîr Gerektiren Suçlar

Bu ayırımdaki gerekçe, suçların Kur'ân ve Sünnet tarafından belirlenip belirlenmemesi, cezasının yine bu kaynaklarca tam olarak tespit edilip edilmemesi, niteliği ve Allah hakkını ilgilendirip ilgilendirmemesidir.

Buna göre, Kur'ân veya Sünnet tarafından yasaklanan, cezası da yine bu iki kaynak tarafından açıkça belirlenen ve Allah yani kamu hakkını ihlal eden suçlara had gerektiren suçlar veya kısaca had suçları (cerâimü'l-hudûd; جرائم الحدود) denir. Bu konudaki en geniş çerçeveye sahip olan Hanefîlere göre yedi tane had suçu vardır: Zina (الزنا), zina iftirası (kazf: القذف), hırsızlık (serika: السرقة), yol kesme veya eşkıyalık (kat'u't-tarîk: قطع الطريق veya hırâbe: الحرابة), içki içme (şürb: الشرب veya sükr: السكر), devlete isyan (bağy: البغي) ve İslâm'dan dönme (irtidât: الارتداد).

Yine Kur'ân ve Sünnet tarafından belirlenmiş olmakla birlikte kişilerin canlarına ve vücut bütünlüklerine karşı işlenen suçlara kısâs veya diyet gerektiren suçlar veya kısaca kısâs suçları (cerâimü'l-kısâs) denmiştir. Adam öldürme, yaralama ve diğer müessir fiiller bu çerçeveye dâhildir. Cinâyât dendiğinde de bu tür suçlar kastedilir.

Suç olma niteliği veya cezası Kur'ân ya da Sünnet tarafından belirtilmemiş, aksine takdiri kamu otoritesine veya hâkime bırakılmış olan suçlara ise ta'zîr suçları (cerâimü't-ta'zîr) denir. Reddetmek, engellemek, terbiye etmek gibi anlamları bulunan ta'zîr, Allah haklarına yönelik olabileceği gibi, kul haklarına yönelik de olabilir. Söz gelimi kaçakçılık ve kalpazanlık Allah hakkının; kasıtlı olarak birisinin arabasına zarar vermek ve hakaret kul hakkının ihlali demektir.

İlk iki gruba giren suç ve cezalar sınırlı olduğu halde ta'zîr alanı son derece geniştir. Binaenaleyh hangi eylemin suç sayılacağı ve nasıl cezalandırılacağı konusunda kamu otoritesinin son derece geniş bir hareket alanı vardır.

2. Allah Haklarına ve Kul Haklarına Yönelik Suçlar

Suçlarla ilgili bu ikinci taksim, suçun işlenmesi halinde doğacak mağduriyetin daha çok toplumu mu yoksa şahsı mı ilgilendirdiği noktasından hareketle yapılmıştır. Bu açıdan yapılan ayırıma göre şu dört suç tipi bulunmaktadır:

a. Hâlis (sırf) Allah hakkını ihlâl eden suçlar. Zina ve içki içme gibi. Zira bunlarda başka kişilere dönük hak ihlali veya mağduriyet bulunmamaktadır. Zina edenler birbirlerine zarar vermemekle birlikte neslin korunması ilkesine ve

aile kurumuna zarar vermektedirler ki, bunlar bütün bir toplumu ilgilendiren temel değerlerdir. Keza içki içen kişi de hem aklı koruma genel ilkesine aykırı davranmış hem de bütün topluma zarar verme eşiğine gelmiştir.

b. Hâlis (sırf) şahıs hakkını ihlal eden suçlar. Basit hakaret ve basit tehdit eylemleri gibi. Şâfiîler zina iftirası suçunu (kazf) bu kapsamda değerlendirmişlerdir ki, aşağıda görüleceği üzere bu değerlendirmenin tartışmaya açık olduğu ortadadır.

c. Allah ve şahıs hakkının ortak olup Allah hakkının daha ağırlıklı olarak ihlal edildiği suçlar. Hırsızlık ve zina iftirası gibi. Her ikisinde de sanki öncelikle kişisel haklar saldırıya uğruyor görünse de toplum güvenliğini sağlamak ve genel ahlâkı korumak daha önemli sayılmıştır. Bir eve giren hırsız bütün mahalleyi, iffetli birisine yapılan zina iftirası bütün toplumu tedirgin eder ki, bu da Allah/kamu hakkının daha galip olduğunu gösterir.

d. Allah ve şahıs hakkının ortak olup şahıs hakkının daha ağırlıklı olarak ihlal edildiği suçlar. Öldürme ve yaralama suçları birinci derecede şahısları etkilediği için kısâs ve diyet suçları bu gruba örnek olmaktadır.

Suçların had, kısâs ve ta'zîr suçları şeklindeki üçlü ayırımının önemli bir takım sonuçları vardır:

a. Had ve kısâs/diyet suçlarının cezaları sabit ve tek olduğundan bunlarda kamu otoritesinin veya hâkimin takdir yetkisi yoktur. Ta'zîr gerektiren suçlar ve cezaları sabit ve tek olmadığı için yetkili organların takdirine açıktır.

b. Kural olarak, Allah yani kamu haklarına yönelik olduğu için had suçlarının takibi (soruşturma ve kovuşturma), mağdurun şikayetine bağlı değildir; devlet kendiliğinden (re'sen) soruşturma ve ardından kovuşturma (yargılama) yapar. Mâlikîler karşı çıkmakla birlikte cumhura göre hırsızlık ve zina iftirası bu kuralın dışında tutulmuştur. Kısâs suçlarında şahıs hakkı daha galip olduğu için takibi mağdurun şikâyetine bağlıdır. Bununla birlikte şikâyet edecek kimsenin veya imkânın fiilen bulunmaması halinde devlet kendiliğinden soruşturma yapar. Ta'zîr suçlarına gelince, Allah hakkını ihlal edenleri re'sen, kul hakkını ihlal edenleri ise şikâyete bağlı olarak soruşturulur.

c. Had gerektiren suçlarda mağdurun veya devletin affetme yetkisi yoktur; suçun ispatı halinde belirli ceza mutlaka infaz edilir. Kısâs ve ta'zîr suçlarında ise af etkili olabilmektedir. Birincisinde mağdurun veya belli derecedeki yakınlarının

affı, ikincisinde de devletin affı cezanın tamamen kaldırılmasında veya hafifletilmesinde ya da türünün değiştirilmesinde etkili olmaktadır. Kul hakkını ihlal eden ta'zîr suçlarında, mağdurun affetmesi de mümkündür

d. Had ve kısâs gerektiren suçlarda hafifletici sebepler dikkate alınmazken ta'zîr suçlarında alınabilir.

e. Kural olarak Allah haklarını ihlal eden suçların yani çoğunlukla hadlerin soruşturulmasında zaman aşımı etkili iken kul/şahıs haklarını ihlâl eden suçlarda yani kısâs ve diyet suçlarında etkili değildir. Zaman aşımının ta'zîr suçlarında etkili olup olmayacağı kamu otoritesinin yetkisindedir. Bu maddeyle ilgili ayrıntı, ileride cezayı düşüren sebepler başlığında verilecektir.

f. Şüphe, had ve kısâs cezalarını düşürücü bir etkiye sahipken ta'zîr suçlarında aynı etkiye sahip değildir.

C. Unsurları

Klasik fıkhın ukûbât meselelerini inceleyen çağdaş fakihler, suçun başlıca şu dört unsurunun olduğunu belirlemişlerdir:

1. Kanunî Unsur

Suçun kanunîliği ilkesi olarak da bilinen bu unsurdan kasıt, suçun ve buna bağlı olarak cezasının kanunda açıkça belirtilmesidir. Dolayısıyla kanunsuz suç ve ceza olmaz. Had ve kısâs gerektiren suçlar Kur'ân ve Sünnet'te açıkça tanımlandığı için, ta'zîr suçları ise belli dinî-hukukî ilkelerle kayıtlı olan devlet tarafından belirlendiği ve bir kanuna bağlandığı için kanunî unsuru ve dolayısıyla kanunîlik ilkesini içerirler.

Suçun kanunîliği ilkesi ceza hukuku alanında kıyasın işletilemeyeceği daha açık bir ifadeyle hâkimin, kanunda tanımlanmış suçlara kıyaslamalar yaparak yeni suç ve cezalar ihdas edemeyeceği sonucunu verir. Bu bakımdan Hanefîler had, kısâs ve keffâretlerde kıyasın câri olmadığını, ta'zîr suçlarında bunun mümkün olabileceğini söylerler. Buna karşılık diğer pek çok mezhep, kıyası ceza hukukunda geçerli saymıştır. Bu bağlamda mesela eşcinsel ilişkilerin zinaya, kefen soyculuğu, yankesiciliği ve kapkaçın hırsızlığa kıyas edilmesi tartışılmıştır.

Kanûnîlik ilkesinin önemli bir başka sonucu ise, ceza kanunlarının geçmişe yürütülememesi yani kanunun çıkmasından önceki eylemlerin cezalandırılmamasıdır.[130]

130 bk. el-İsrâ, 17/15; el-Kasas, 28/59.

2. Maddî Unsur

Bundan maksat kişinin suç sayılan bir eyleminin olması ve bu eylemle doğan sonuç arasında bir illiyyet râbıtasının (nedensellik bağının) bulunmasıdır. Buna göre suçun düşünce ve niyet safhası ile suça hazırlık hareketleri hukuken cezalandırılmaz.[131] Suça teşebbüs yani eyleme başlama fakat sonuçlandıramama ise tamamlanmış hali için öngörülenden daha hafifi ile cezalandırılır.

3. Manevî Unsur

Kısaca kusurluluk hali denen bu unsur, ceza ehliyetine sahip yani âkil ve bâliğ olan bir kişinin, suç olduğunu bilerek ve sonuçlarına razı olarak hukuka aykırı bir eylemde bulunması anlamına gelmektedir. Buna göre suçun teşekkülü için eylemde bulunan kişinin cezaî ehliyete sahip olması ve kusurlu olması gerekmektedir. Kusur, kişinin iradesinin suça yönelmesi demektir.

Bu unsur gereğince çocukluk (sığâr), akıl hastalığı (cünûn), bunaklık (ateh), uyku (nevm), baygınlık (iğmâ), kasıtlı olmayan veya zor altında meydana gelen sarhoşluk (sükr), kusur yeteneğini etkilemekte ve ceza ehliyetini ortadan kaldırmaktadır. Ceza düşmekle birlikte bu kişiler suçun mâlî sonuçlarından sorumlu olmaya devam ederler. Mesela adam öldüren bir çocuğa kısâs cezası uygulanmamakla birlikte diyet verme sorumluluğu yüklenir.

4. Hukuka Aykırılık

Eylemin kanunda belirtilen suç tipine uygun olması ve bununla birlikte herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması demektir. Hukuka uygunluk sebepleri şunlardır:

a. Hakkın kullanılması. Anne-babanın çocuğunu terbiye amacıyla dövmesi sırasında beklenmeyen bir zararın meydana gelmesi gibi.

b. Meşru müdafaa. Bunun geçerli olabilmesi için saldırının cana, ırza veya mala yönelik olması, güvenlik güçlerinden yardım isteme imkânının bulunmaması ve sadece saldırıyı püskürtecek oranda bir güç kullanılması gerekmektedir.

c. Görevin yerine getirilmesi. Doktorun veya polisin, kurallara uygun müdahaleleri sırasında öngörülemeyen bir zararın doğması gibi.

e. Zorunluluk (zaruret/ızdırâr) hali. Boğazında lokma düğümlenen kişinin içki içmesi; aç kalan kişinin başkasına ait yiyeceği çalması gibi. Zaruret halinin

131 bk. Buhârî, "Eymân", 15; Müslim, "İmân", 201.

hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için ölüm tehlikesinin bulunması, bu tehlikeden kurtulmanın başka bir yolunun olmaması, zaruret sınırının aşılmaması ve başkasının zorunluluk halinde bırakılmaması gerekir.

II. Ceza

Sözlükte "iyi veya kötü karşılık" anlamına gelen ceza kelimesi yerine fıkıh literatüründe genellikle *ukûbet*, *ıkâb* ve bazen de *zecr* (çoğulu: zevâcir) kelimeleri kullanılmıştır. Bu üç terim de hukuk düzenince suç olarak görülen eylemlerin veya eylemsizliklerin (terklerin) yapılması halinde kamu otoritesi tarafından suçluya uygulanan maddî yaptırımı ifade ederler.

A. Özellikleri

Suçluya eylemiyle mütenasip bir karşılık verip onu ıslah etmek, aynı niyette olan başkalarını caydırmak, mağduru teskin ve hayat, din, akıl, ırz ve mal ekseninde toplumu koruma amacı taşıyan cezalar için bazı ilkeler öngörülmüştür

1. Kanunîlik

Kanunsuz suç olmayacağı gibi kanunsuz ceza da olmaz.

2. Şahsîlik

Ceza ancak suçu işleyen kişiye verilir. Hiç kimse bir başkasının suçunu ve günahını yüklenmez. Diyet ödemede kâtilin yakınlarının da sorumlu olması şahsîliğe aykırı değildir. Kâtili cinayetten önce gözleyip alıkoymadıkları için yakınlarının da bir bakıma bu öldürme olayında kusurlarının bulunduğu söylenebilir. Kaldı ki diyet bir ceza değil tazminattır. Burada söz konusu olan da tazminatın ödenmesine katkıda bulunmaktır.

3. Genellik

Ceza hukuku kuralları herkese aynı biçimde uygulanır.

B. Cezayı Düşüren veya Hafifleten Sebepler

İşlenen bir suçun cezasını düşüren veya hafifleten belli başlı sebepler şunlardır:

1. Mağdurun rızası

Bu sebep özellikle kısâs ve diyet suçlarında etkilidir. Yaralama suçlarında mağdurun rızasının kısâs ve diyet cezasını düşüreceğinde ittifak eden fakihler adam öldürme suçunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefîler ve Hanbelîler mağdurun

(öldürülenin veya onun velisinin) rızasının hem kısâs hem diyet cezasını düşüreceğini söylerken Şâfiîler diyetin, Mâlikîler her ikisinin düşmeyeceği kanaatindedirler. Düello ve ötanazi sonucu ölümler örnek olarak hatırlanabilir.

2. Suçlunun Ölümü

Suçlunun ölümüyle bedenî cezalar zorunlu olarak düşmekle birlikte diyet, tazminat vb. mâlî cezalar cumhura göre düşmez. Ebû Hanîfe mâlî cezaların da düşeceği görüşündedir.

3. Suçlunun Tövbesi

Şahıs haklarına yönelik suçlarda tövbenin etkili olmayacağı açıktır. Tövbe Allah haklarında etkilidir. Tövbenin, hırâbe diye isimlendirilen yol kesip eşkıyalık yapma suçunu düşüreceği konusunda ilgili ayet[132] gereğince ittifak bulunmakla birlikte diğer suçlarda görüş ayrılığı vardır. Bu konuda en geniş açılıma sahip olanlar Şâfiîlerdir.

4. Af

Hırsızlık ve zina iftirası dışındaki had suçlarında mağdurun veya devletin affetme yetkisinin bulunmadığı, buna karşılık kısâs/diyet suçlarında ise affın etkili olabileceği daha önce belirtilmişti. Bu suçlardaki af yetkisi, eğer hayatta ise bizzat mağdurun kendisinde ölmüş ise *evliyâü'd-dem* denen belli derecedeki yakınlarındadır. Ta'zîr suçlarından şahıs hakkını ilgilendirenlerin affı mağdur, kamu hakkını ilgilendirenlerin affı devletin yetkisindedir.

5. Sulh

Tarafların kendi rızalarıyla anlaşmaları ancak kısâs ve diyet cezasını düşürür veya hafifletir.

6. Zamanaşımı

Kısâs ve diyet suçlarında zamanaşımının (tekâdüm; mürûru'z-zemân) herhangi bir etkisinin olamayacağı; ta'zîr suçlarında inisiyatifin devlette olduğu konularında ittifak vardır. Fakihlerin çoğunluğu zamanaşımının had cezalarında da düşürücü bir sebep sayılmayacağı görüşündedir. Hanefîler ise zina iftirası dışındaki had suçlarının, şahitlik yoluyla ispat edilmesi halinde zamanaşımına uğrayacağını dolayısıyla düşeceğini söylemişlerdir. Bu ictihadın gerekçesi, suçun akabinde değil de epey bir zamandan sonra

132 el-Mâide, 5/33–34.

şahitlik yapılmak istenmesinin kin ve düşmanlık gibi kötü niyetin bir sonucu olabileceği ve dolayısıyla şüphe taşıyacağıdır. Suçun delili ikrar ise, içki içme suçu dışındaki suçlar, zamanaşımıyla düşmezler. Zamanaşımının süresi ile ilgili olarak mezhep içinde İmam Muhammed gibi altı aylık bir ölçüden bahsedenler varsa da genel kanaat belirlemeyi mahkemeye bırakmak yönündedir.

7. Kısâs Edilecek Organın Yokluğu

Yaralama suçunun cezası olarak kısâsa hükmedilmiş olmakla birlikte, suçlunun ilgili organı daha önceden hastalık, kaza veya ceza infazı gibi herhangi bir sebeple yok olmuş olsa, kısâs cezası diyete dönüşür.

8. Kısâsa Vâris Olmak

Kâtil ile kısâs isteme hakkına sahip olan kişi arasında birbirlerine mirasçı olacak ölçüde bir yakınlığın bulunması kısâsı düşürür. Mesela baba, oğullarından birini öldürür, kâtilin diğer oğlu (yani öldürülenin kardeşi) aynı zamanda öldürülenin mirasçıları arasında bulunursa kısâs düşer.

III. Had Suçları ve Cezaları

Sözlükte "engel olmak, iki şeyin arasını ayırmak" gibi kök; "kenar, sınır" gibi isim anlamları bulunan had kelimesinin (çoğulu hudûd) fıkıh dilinde, hem Allah/kamu haklarını ihlal eden ve naslarla belirlenmiş suçları hem de bunların yine naslarda öngörülmüş cezalarını birlikte ifade etmek üzere kullanıldığını görmüştük. Şu halde had suç ve cezalarının iki niteliği öne çıkmaktadır: Allah yani kamu/toplum haklarını ihlal etmesi ve İslâm'ın iki ana kaynağınca belirlenmiş olması.

İslâm hukukçuları arasında kimi tartışmalar olmakla birlikte özellikle Hanefîler zina, zina iftirası (kazf), hırsızlık (serika), yol kesme ve eşkıyalık (kat'u't-tarîk; hırâbe), içki içme (şürb; sükr), devlete isyan (bağy) ve İslâm'dan dönme (irtidât) olarak yedi had suçundan bahsederler. Doktrinde içki içme, İslâm'dan dönme ve devlete isyan suçlarının had kapsamında değerlendirilemeyeceğini dile getiren görüşler de bulunmaktadır.

Burada Hanefî mezhebini esas alarak had suç ve cezalarını tanımaya çalışacağız.

A. Zina

Aralarında nikah bağı veya şüphesi bulunmayan bir erkek ve kadının normal yollardan (önden) cinsel ilişkide bulunmalarıdır. Buna göre eşcinsel ilişkiler, hayvanla ilişki, anal ilişki, arada nikâh akdi var zannıyla yapılan ilişki, Ebû Hanîfe'ye göre tanımlı zina suçu yani had kapsamımda değerlendirilmez. Bu tür fiiller ta'zîr suçları çerçevesine dâhil edilir. Fakihlerin çoğunluğu ise eşcinsel ve anormal cinsel ilişkileri de zina suçu olarak kabul etmişlerdir.

Zina suçu, suçlunun dört ayrı ikrarı veya dört erkek şahidin ayrıntılı ve birbirleriyle uyumlu tanıklık ifadeleriyle ispatlanabilir. Bu sayılarda bir azalmanın olması ya da tanık beyanlarının çelişkili olması hem suçun isbatını etkiler hem de şahitlerin zina iftirası suçu ile itham edilmelerine sebep olur.

Zina suçunun cezası fâillerin *muhsan* (المحصن) olup olmamalarına göre değişiklik arz eder. Zina söz konusu olduğunda muhsan şöyle tanımlanmıştır: Müslüman, hür, tam ehliyetli olup sahih bir nikah akdiyle evlenmiş ve bu evlilikteki eşiyle fiilen cinsel ilişkide bulunmuş olan kişidir. İmam Ebû Hanîfe ile Mâlik, muhsan sayılabilmek için ilişkide bulunulan nikahlı eşin de müslüman olmasını şart koşmuştur. Muhsan sayılmak için, evliliğin halen devam ediyor olması şart değildir. Boşanmış veya dul kalmış olanlar yukarıdaki diğer şartları taşımaları halinde ihsân niteliğini hâiz sayılırlar. Dolayısıyla hiç evlenmemiş olanlar muhsân sayılmazlar.

Muhsan olmayanların (bekârların veya diğer ihsân şartlarından birisini taşımayanların) zinasının cezası yüz celdedir.[133] Celde, budaklı olmayan ince bir değnekle ve doksan dereceyi aşmayacak bir açıyla vücudun kaba yerlerine vurmaktır. Şâfiî ve Hanbelîler celde cezasına ek olarak bir yıllık sürgünün de had olduğunu söylemişlerdir. Muhsan olanların cezası ise recmdir. Recm, uygulaması Sünnetle sabit olup[134] niteliği fıkıh kitaplarında açıklandığı üzere taşlayarak öldürmektir.

B. Zina İftirası (Kazf)

Tam ehliyetli bir kişinin iffetli/muhsan bir kişiye zina yaptığı ithamında bulunması veya zina ürünü olduğunu söyleyerek nesebini inkâr etmesi ve bu iddiasını dört şahitle ispatlayamamasıdır. Bu suçun fâili ve mağduru sayılmada kadın veya erkek olmanın bir önemi yoktur.

133 en-Nûr 24/2.

134 Buhârî, "Diyât", 6; Müslim, "Kasâme", 25.

Buna göre kazf suçunun teşekkülü için itham sahibinin (kâzif) tam ehliyetli olması, açık bir zina ithamının olması, ithama uğrayan kişinin (makzûf) iffetli/muhsan olması ve iddianın dört şahitle isbat edilememesi gerekmektedir. Mâlikîler üstü kapalı ithamları (ta'rîz), Ebû Hanîfe dışındaki fakihler eşcinsellik iddialarını da kazf kapsamına alırlar.

Burada söz konusu olan ihsân niteliği zinadakinden biraz farklıdır. Diğer şartlar korunmakla birlikte sahih bir nikâh akdiyle evlenmiş ve bu evlilikteki eşiyle fiilen cinsel ilişkide bulunmuş olmak yerine iffetli ve namuslu olmak şartı konmuştur.

Kazf suçunun takibi, mağdurun şikâyetine bağlıdır. Suçun ispatından sonra mağdurun affı Hanefî ve Mâlikîlere göre cezayı düşürmezken, suçun şahıs haklarına yönelik olmasını gerekçe gösteren Şâfiî ve Hanbelîler aksi kanaattedir.

Zina iftirası suçunun cezası seksen celde ve şahitlik ehliyetinin yitirilmesidir.[135] Kâzifin cezanın infazından sonraki tövbesi Hanefîler dışındaki diğer üç mezhebe göre şahitlik ehliyetini yeniden kazandırır.

C. Hırsızlık (Serika, Sirkat)

Tam ehliyetli birisinin başkasına ait, kısa zamanda bozulmayacak belli değerde bir malı, koruma (hırz: الحرز) altındaki bir yerden sahiplenmek amacıyla gizlice almasıdır.

Şu halde had kapsamında bir hırsızlık eyleminden bahsedebilmek için çalan kimsenin (sârık) mükellef, çalınan malın (mesrûk) bütünüyle başkasına ait olup Hanefîlere göre en az on, diğerlerine göre 3 dirhem gümüş değerinde çabucak çürüyüp bozulmayacak bir mal olması, bu malın olağan olarak korunduğu bir yerden (hırz) sahiplenmek (temellük) amacıyla gizlice alınması gerekmektedir. Buna göre malın bir kısmının çalana ait olması veya mülkiyet şüphesinin bulunması, zorla alınması (gasp), Mâlikîler hariç çoğunluğa göre eylemden sonra malın mülkiyetinin hırsıza geçmesi ve belli bir değerden (Hanefîlere göre iki koyun değerinden) az olması, tanımlandığı biçimiyle hırsızlığın oluşmasına engeldir. Tanımdaki unsurlardan birinin eksikliği halinde çalma eylemi, ta'zîr sınıfında değerlendirilir.

Hırsızlıkta şahıs hakkının ihlali ön planda görüldüğünden suçun kovuşturulması Mâlikîler dışındaki çoğunluğa göre şikâyete bağlıdır. İspat edilmesi halinde hırsızın cezası sağ elinin bilekten kesilmesidir.[136] Çalınan mal mevcutsa sahibine

135 en-Nûr 24/4-5.

136 el-Mâide 5/38.

iade edilir; harcanmış veya kaybolmuşsa Şâfiîlere göre her durumda, Hanefîlere göre ise had cezası uygulanmamış ise hırsız tarafından tazmin edilir. Had cezası uygulanmışsa Hanefîlere göre çalınan malın tazmin sorumluluğu düşer.

D. Yol Kesme veya Eşkıyalık (Kat'u't-tarîk veya Hırâbe)

Kaynaklarda büyük hırsızlık anlamında *es-serikatü'l-kübrâ* olarak nitelenen hırâbe karmaşık bir suçtur. Silahlı gasp, soygun, yağma, terör, korkutma ve yıldırma gibi birçok eylem bu suçun çerçevesine dâhildir. Bu geniş çerçeve dikkate alınarak şöyle bir tanımı yapılabilir: Silahlı kişi veya örgütün insanların canına, namusuna veya malına kastetmesi ya da bunlar olmasa bile çevreye korku salma eylemidir. Bu suçu işleyene muhârib veya kâtıu't-tarîk denir.

Ebû Hanîfe bu suçun, tabiatı gereği ancak yerleşim yerleri dışında işlenebileceğini düşünürken Ebû Yûsuf dâhil çoğunluk yerleşim yerleri içinde de söz konusu olabileceğini kabul etmiştir.

Hırâbe suçunun cezası suçun ağırlığına göre değişmektedir. Sadece mallara el koymuşsa muhâribin sağ el ve sol ayağı bileklerden itibaren çaprazlama kesilir. Mala dokunmamış ama adam öldürmüşse muhârib öldürülür. Hem cinayet hem de gasp varsa muhârib öldürülür ve sonrasında asılır (salb). Sadece yol kesip etrafa korku salmakla yetinmiş ise sürgün edilir.[137] Mâlikîler bu dört cezadan birinin takdirini hâkime bırakmıştır.

Daha önce de geçtiği üzere muhâribin yakalanmadan önceki tövbesi cezanın kamuya ait bölümünü düşürür; kul haklarını ilgilendiren kısmı bâki kalır. Buna göre aldığı malı iade eder, öldürme ve yaralama varsa velilerin talebine bağlı olarak kısâs ve diyet gündeme gelir.

E. İçki İçme (Şürb) ve Sarhoşluk (Sükr)

Sarhoşluk veren maddeler haram kılındığı gibi içilmesi de suç sayılmıştır. Aklı gideren ve sarhoşluk veren maddelere Kur'ân'da genel bir isimlendirmeyle *hamr* denmiştir. Ebû Hanîfe dışındaki fakihlere göre sarhoşluk veren bütün madde ve içecekler hamr olup bunlardan az veya çok kullanan kimseler suç işlemiş olurlar ve ilgili cezaya çarptırılırlar. Ebû Hânîfe ise hamrın Araplarca üzüm veya hurmadan elde edilen alkollü içecekler için kullanıldığını söyleyerek bu iki maddeden yapılan içkilerin içilmesinin her durumda, diğerlerinin ise sarhoş olunması halinde cezayı gerektirdiğini söylemiştir. Buna göre arpadan yapılan bir biradan biraz içen fakat

137 el-Mâide, 5/33–34.

sarhoş olmayan kimse cumhura göre içki içme suçunu işlemiş kabul edilirken Ebû Hanîfe'ye göre böyle değildir. Dolayısıyla bu suç ile ilgili olarak Ebû Hanîfe'ye göre şarap/hamr içmek ve sarhoş olmak şeklinde iki ayrı eylemden bahsedilebilir. Birinci eylem *şürb*, ikinci eylem *sükr* kelimeleriyle ifade edilir. Sarhoşluğun ölçüsü, ne konuştuğunu bilmemek veya kadın ile erkeği ayıramamaktır.

Suçun sübûtu için içenin hür, müslüman ve tam ehliyetli olması, bunun yanında içkiyi bilerek ve isteyerek içmesi gerekmektedir.

Cezasının miktarı ve niteliği ile ilgili olarak Hz. Peygamber ve ashabından farklı bilgilerin nakledilmesi içki içme suçunun had mi yoksa ta'zîr mi olduğu tartışmasına yol açmıştır. Hanefîlerin de içinde bulunduğu çoğunluk bunu had olarak değerlendirmiş ve cezasını da seksen celde olarak belirlemiştir.

F. İsyan (Bağy)

Silahlı bir topluluğun, kendilerince geçerli bir nedene (te'vîl sâiğ) dayanarak meşru devlet yönetimine karşı, düzeni değiştirmek amacıyla ayaklanmalarıdır. Ayaklananların her birine bâğî (çoğulu: buğât) denir. Dinî-hukukî meşruiyetini kaybeden bir iktidara karşı çıkmak ise bu kapsamda değerlendirilmemiştir.

Şu halde mevcut yönetim zaten meşru değilse veya ayaklananlar (buğât) silahlı bir güce sahip değilse kalkışmaları isyan olarak nitelendirilmez. Eğer kalkışmaları, söz gelimi devlet başkanının haksızlık veya yolsuzluk yaptığı, fâsık hale geldiği, vatana ihanet ettiği gibi kendilerince haklı bir sebebe dayanmıyorsa bağy değil hırâbe olarak değerlendirilir.

İsyan sırasında işlenen ama isyanla ilgili olmayan hırsızlık, yağma, zina vb. suçlar normal zamanlarda işlenen adi suçlar gibi cezalandırılır. Çıkan çatışmada asker veya polisi öldürme, kamu malına zarar verme, mallara el koyma, bölgeyi işgal edip vergi toplama gibi isyana bağlı suçlar bir bütün halinde bağy suçu içinde değerlendirilir.

Yönetime itiraz edenler bir yerde toplanmış ve fakat silahlı eyleme kalkışmamışlarsa kendilerine dokunulmaz. Silaha sarılır ve harekete geçerlerse kendileriyle savaşılır.[138] Savaş sırasında kaçanın arkasından gidilmez, yaralı ve esirler öldürülmez, malları ganimet olarak alınmaz, kadın ve çocukları esir alınmaz. İsyan bastırıldıktan sonra bâğîlere ta'zîr cinsinden uygun cezalar verilebilir. Ebû Hanîfe gerekirse ölüm cezasının da verilebileceği görüşündedir.

---

138 el-Hucurât, 49/9.

G. İslâm'dan Dönme (İrtidat)

Bir kişinin müslüman iken dininden döndüğünü açıkça beyan etmesidir. Bazı fakihler irtidat suçunun oluşması için bu beyanın yeterli olmadığını, bunun yanında müslüman topluma karşı cephe alınmasını da gerekli görmüşlerdir. Bu suçu işleyen kimseye *mürted* denir.

Kendisine tövbe teklif edilen, varsa şüpheleri giderilmeye çalışılan fakat buna rağmen inadından vazgeçmeyen mürtedin cezası, fakihlerin çoğunluğuna göre ölümdür.[139] Hanefîler kadınları bu hükmün dışında tutarak onların hapsedileceğini söylemiştir. Konuyla ilgili rivayetlerin ve ilk dönem uygulamalarının bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucunda şu yargının daha doğru olduğu anlaşılmaktadır:

Mürted, sırf bu tercihi dolayısıyla cezâî takibata uğramaz. İslâm'la ilgili şüphelerinin giderilmesi ve doğruyu tekrar bulması için gayret gösterilir. Buna rağmen irtidâdında ısrar ederse kendisine ilişilmez. Fakat irtidâdını müslüman toplum aleyhine bozgunculuk ve fesat unsuru olarak kullanırsa ölüm cezasına çarptırılır.[140]

Nitekim, Hz. Peygamber'in kimi mürtetlere bu cezayı uygulamamasından, öldürülmeleri istenen mürtetlerin ilave başka özel niteliklerinin bulunmasından hareket eden bazı fakihler, bu cezanın devlet başkanının takdirinde olduğu, dolayısıyla irtidât suçunun ta'zîr sınıfına dâhil edileceği düşüncesindedirler.

IV. Kısâs/Diyet Suçları ve Cezaları

Bu başlık altında cana ve vücut bütünlüğüne yönelik bir başka deyimle adam öldürme (katl) ve yaralama (cerh, cirâh) suçları incelenecektir. Günümüz hukuk literatüründeki "müessir fiiller" nitelemesi vücut bütünlüğüne karşı girişilen yaralama suçlarını ifade etmektedir. Fıkıh dilindeki cinâyât terimi bu suçun her iki aşamasını (öldürme ve yaralama) ihtiva edecek bir genişliğe sahiptir.

Hepsi de eylemdeki kasıt ve hatadan hareket etmekle birlikte fıkıh mezhepleri adam öldürme suçunu birbirlerinden farklı tasnif etmişlerdir. En geniş ayırımı yapan Hanefîler kasden (amd: العمد), kasda benzer biçimde (şibhü'l-amd: شبه العمد), hata ile (hataen: خطأ), hataya benzer biçimde (mâ cerâ mecrâ'l-hata':

139 Buhârî, "Cihâd", 149; "Diyât", 6; Müslim, "Kasâme", 25; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1.

140 Buhârî, "Diyât", 66; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 1; Nesâî, "Tahrîm", 6; "Kasâme", 14.

ما جرى مجرى الخطأ) ve sebep olma yoluyla (tesebbüben: تسبيبا) adam öldürme olarak beşe ayırmışlardır. Şâfiîler ve Hanbelîler kasden, kasda benzer biçimde ve hata ile adam öldürme olarak üçe ayırırken Mâlikîler kasıt ve hata şeklinde ikili bir ayırım ile yetinmişlerdir.

Hanefîlerin taksimatına göre:

1. Kasden adam öldürmek (el-katlü'l-amdü'l-udvân), sonucunu bilerek ve isteyerek öldürmektir. Kasdın bulunup bulunmadığını öldürme sırasında kullanılan alet ve yöntem ele verir. Ebû Hanîfe'ye göre delici ve kesici aletler, İmameyn de dâhil çoğunluğa göre ise genellikle ölüm sonucunu doğuran her türlü alet ve yöntem kasdın varlığına delildir. Buna göre uçuruma iterek ya da üzerine ağır bir nesne bırakarak birisini öldüren kişi Ebû Hanîfe'ye göre kasıtlı sayılmazken çoğunluğa göre sayılır.

Kasıtlı adam öldürmenin dünyevi cezası, kısâs (kaved: القود) yani katilin idam edilmesidir. Bununla birlikte maktûlün vârislerine (evliyâü'd-dem) kısâs cezasını bütünüyle affetme veya kısâstan diyete dönme yetkisi verilmiştir.[141] Bir insan diyeti Hz. Peygamber tarafından para cinsinden olursa bin dinar altın, mal cinsinden olursa yüz deve veya ikiyüz sığır ya da iki bin koyun olarak tesbit edilmiştir.[142] Kasden öldürmelerde diyeti kâtilin bizzat kendisi öder. Şâfiîler kâtile ayrıca *keffâratü'l-katl* denen ve öncelikle bir köle azad etmek, eğer buna güç yetirilemiyorsa iki ay peşpeşe oruç tutmak şeklinde uygulanan bir ceza daha verirler.

Fakihler, kâtil ile maktûl ararsındaki cinsiyet farkının kısâsa engel olmayacağını kabul etmekle birlikte din farkında ihtilaf etmiştir. Hanefîlerin aksine Şâfiîler ve Mâlikîler gayrı müslimi öldüren müslümanın kısâs gereği öldürülemeyeceği hükmünü benimsemişlerdir.

2. Kasda benzer biçimde yani kasdın aşılması yoluyla adam öldürmek (el-katlü şibhe'l-amd), genelde öldürücü olmayan bir alet ya da yöntem kullanılarak birisine yapılan saldırı sonucu ölümün meydana gelmesidir. Kasıtla sopa vurmak, taş parçası fırlatmak veya yumruk atmak sonucu meydana gelen ölüm buna örnektir. Kastın aşılması yoluyla öldürmenin cezası, ağırlaştırılmış diyettir. *ed-Diyetü'l-muğallaza* diye isimlendirilen bu diyet sadece deve cinsinden verilir ve miktarı, bir rivayete göre kırk tanesi hamile olmak üzere yüz dişi deve, bir

141 Bk. el-Bakara, 2/178-179; el-İsrâ 17/33.

142 Ebû Dâvûd, "Diyât", 18, 20.

başka rivayete göre her birinden yirmibeşer olmak üzere bir, iki, üç ve dört yaşını tamamlamış yüz dişi devedir. Bu nitelikte develer bulunamazsa, doğal olarak kıymetleri hesap edilir. Söz konusu diyeti çoğunluğa göre kâtilin âkılesi (العاقلة) yani baba tarafından yakın erkek akrabası (asabe: العصبة) veya Hanefîlere göre aynı divana kayıtlı kimseler öder. Suçun itirafla sabit olması veya tarafların sulh olmasıyla diyete gidilmesi halinde âkılenin ödeme sorumluluğu düşer. Keffâret konusundaki ihtilaf burada da söz konusudur.

3. Hata ile adam öldürme (el-Katlü hataen), fiilde veya şahısta hata yaparak yanlışlıkla birisini öldürmektir. Ava ateş etmişken yanlışlıkla bir insanı öldürmek fiilde hataya, düşmana nişan almışken kurşunun bir başkasına isabet etmesi şahısta hataya örnektir.

"Hatâ dışında, bir mü'minin diğer bir mü'mini öldürmesi düşünülemez. Kim bir mü'mini yanlışlıkla öldürürse, bir mü'min köleyi azad etmesi ve bağışlamadıkları sürece ailesine diyet ödemesi gerekir. (Öldürülen kimse) mü'min olur ve düşmanınız olan bir topluluktan bulunursa, mü'min bir köle azad etmek gerekir. Eğer sizinle kendileri arasında antlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine verilecek bir diyet ve mü'min bir köle azad etmek gerekir. Bunlara imkân bulamayanın, Allah tarafından tövbesinin kabulü için iki ay ard arda oruç tutması gerekir. Allah, hakkıyla bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir." ayeti[143] bu suçun cezasını anlatmaktadır.

Burada söz konusu olan diyet hafif diyettir. *ed-Diyetü'l-muhaffefe* denen bu diyette yukarıdaki ağırlaştırılmış vasıflar aranmadığı gibi deve cinsinden olması da şart değildir. Âkılenin ödeyeceği diyete Hanefî ve Mâlikîlere göre kâtil de iştirak eder.

4. Hataya benzer biçimde öldürme (el-katlü'l-cârî mecrâ'l-hata') uyurken birisinin üstüne düşerek öldürmek gibi gayri ihtiyarî bir fiille ölüm sonucunun doğmasıdır. Bu tür öldürmede hata ile öldürme hükümleri geçerlidir.

5. Sebep olma yoluyla öldürmeyi (el-katlü tesebbüben), diğer mezhepler hata ile öldürme içinde değerlendirirken Hanefîler fâilin kasdını hesaba katarak ayrı bir kategoriye almışlardır. Yol veya kanalizasyon çalışması yapanların açtığı ve tedbir almadığı çukura birisinin düşüp ölmesi, arabayla yapılan manevra sırasında çarpılan direğin birisinin üstüne düşerek öldürmesi gibi örneklerde olduğu gibi fâilin öldürmeye dönük hiçbir kasdı ve doğrudan bir eyleminin

143 en-Nisâ 4/92.

olmamasını Hanefîler hafifletici bir sebep olarak görmüşlerdir. Buna göre söz konusu öldürmelerin cezası âkıle tarafından ödenecek olan diyettir, bununla birlikte keffâret yoktur.

Müessir fiil olarak bilinen kırma, kesme, yaralama gibi suçlara gelince bunlar da ya kasden işlenebilir ya da hataen. Kasıtlı yapılan müessir fiillerin cezası kısâstır, yani aynısıyla cezalandırmaktır.[144] Kısâs sırasında fiilin şiddetinin ayarlanamayacağı veya organlar arasında tam bir denkliğin olmadığı hallerde kısâs cezası zorunlu olarak diyete dönüşür. Ayrıca mağdurun kısâstan vaz geçip diyete razı olması da her zaman mümkündür. Müessir fiil diyetlerinin bir kısmı naslar tarafından tesbit edilmiştir. Bu konudaki genel kurala göre bedende tek bulunan organlar için tam diyet, çift organların her biri için yarım diyet, her bir parmak için onda bir diyet ödenir. Sınırları belirli olan müessir fiil diyetlerine *erş* (الأرش) denir. Bazı yaralamaların diyeti ise verdiği acı ve vücutta meydana getirdiği yoksunluğa göre takdir edilmek üzere hâkime bırakılmıştır ki buna da *hükûmetü'l-adl* (حكومة العدل) denmiştir.

V. Ta'zîr Suçları ve Cezaları

Buraya kadar ele alınan suçların dışında kalan ve düzenlenmesi yetkili organlara bırakılmış olan suçlar bu gruba dâhildir. Had veya kısâs sınıfına girmekle birlikte unsurları tam oluşmayan ya da şu veya bu sebeple kanunî cezası uygulanamayan suçlar da sonuç itibariyle bu kapsamda ele alınırlar.

Çerçevesi oldukça geniş ve gelişmeye açık olan ta'zîr suçları ve cezaları için fakihler devlet yetkililerine adaletten ayrılmama, cezada aşırı giderek orantısız ceza vermeme, cezaları tesbit ederken hadleri dikkate alma ve onları aşmamaya çalışma, özgürlükleri koruma, kamu yararını önceleme gibi genel uyarılarda bulunmuşlardır.

144 el-Mâide 5/45.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Akman, Mehmet, *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, İstanbul 2004.

Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, İstanbul 1976.

Âmir, Abdülazîz M., *et-Ta'zîr fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1969.

Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004.

Behnesî, Ahmed Fethi, *el-Ukûbe fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1983.

Beroje, Sahip, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku*, Ankara 2007.

Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1971), *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu I-VIII*, İstanbul 1976.

Dağcı, Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara 1996.

Ebû Zehra, Muhammed (ö. 1974) *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1976; Türkçe yayımı: *İslâm Hukukunda Suç ve Ceza* (çev. İ. Tüfekçi), İstanbul 1994.

Erbay, Celal, *İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, İstanbul 1999.

Erturhan, Sabri, *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar*, İstanbul 2008.

Esen, Hüseyin, *İslâm'da Suç ve Ceza: İslâm Hukukunda Cezaî Sorumluluk*, İzmir 2006.

Heyd, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973.

Hülagu, Metin, *İslâm Hukukunda Hapis Cezası*, Kayseri 1996.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku I*, İstanbul 1974.

Kavakçı, Yusuf Ziya, *Hisbe Teşkilatı*, Ankara 1975.

Şekerci, Osman (ö. 2003), *İslâm Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*, İstanbul t.y. (Yeni Ufuklar Neşriyat).

Tekin, Yaşar, *Şer'iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti'nde Ta'zir Suç ve Cezaları: (1179/1765)*, (Yüksek Lisans Tezi, 1995), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ûdeh, Abdülkâdir (ö. 1954), *et-Teşrîu'l-cinâiyyü'l-İslâmî I-II*, Kahire 1977; Türkçe yayımı: *Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk I-IV* (çev. A.Şafak-R.Özcan), Ankara 1990.

Yaşar, Ahmet, *İslâm Ceza Hukukunda İdamı Gerektiren Suçlar*, İstanbul 1995.

AİLE HUKUKU

İnsanoğlunun içinde doğduğu, büyüdüğü ve hayata katıldığı en küçük sosyal ünite olan aile, bu özellikleri yanında aynı zamanda bir ahlâkî ve hukukî yapıdır da. Genel olarak bütün hukuk sistemleri, toplumun bu en küçük yapı taşının iç ve dış münasebetlerine ilişkin hükümleri, öteden beri tespit ede gelmişlerdir. Esasen hukukun vazgeçilmez fonksiyonu, toplum düzenini temin etmek olduğuna göre, toplumun çekirdeği olan ailenin bu düzenleme görevinin dışında kalması düşünülemezdi. İşte bunun için bütün hukuk düzenleri, temel hareket noktaları ve bakış açıları farklılıklar taşısa da kendi bünyeleri içinde Aile Hukuku denen bölüme yer verip geliştirmişlerdir.

İslâm hukuku da, daha ilk teşekkül anından itibaren aslî kaynaklarında bulunan ve büyük bir yekûn teşkil eden bilgileri işleyerek önceleri *nikâh* ve *talâk*, daha sonraları *münâkehât* ve *mufârakât* başlıklarıyla, son yüzyılda da *el-ahvâlü'ş-şahsıyye* ve *ahkâmu'l-üsra* genel terimleriyle hukukun bu bölümünü geliştirmiş ve sistemleştirmiştir.

Çerçevesini Kur'ân ile Hz. Peygamber'in sünnetinin belirlediği ve müctehid fakihlerin de bu iki kaynağa getirdikleri yorumlarla geliştirip sistemleştirdikleri İslâm Aile Hukuku'nun temel esprisi, aile bireylerinden hiç kimsenin haksızlığa uğramadığı, fıtrattaki kadın-erkek niteliklerine uygun ve sevgi temeline dayalı bir aileyi kurmak ve yaşatmaktır.

Bu ünitede işte bu eksene oturan İslâm Aile Hukuku'nun ana hatlarını tanımaya çalışacağız.

I. Evlenme Akdinin / Nikâhın Tarifi

Nikâh terimiyle ifade edilen evlenme akdi, birbirleriyle evlenmelerine hukuken bir engel bulunmayan bir erkek ile bir kadının sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere aralarını birleştiren ve bunun için karşılıklı hak ve görevler belirleyen bağdır.

Günümüz hukukları evlenmeyi, bu akit nişanlıların evlenmelerine yönelik isteklerinin karşılıklı olarak ortaya konulması ile meydana geldiği için bir medenî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedirler. İslâm hukukçuları da nikâhı *"milk-i müt'a, yani eşlerin birbirlerinden istifade etmesi üzerine yapılan bir sözleşmedir"* diye tarif ederken, onun akit niteliğini öne çıkarmışlardır.

Bununla birlikte İslâm'ın nikâha bakışı ve fakihlerin yaklaşımları, nikâhın basit bir akitten daha fazla bir şey olduğu izlenimi vermektedir.

Kur'ân, nikâh akdini *mîsâk-ı ğalîz*/çok büyük sorumluluğu olan bir söz olarak nitelemiş[145], yüze yakın âyetini aile hukuku meselelerine ayırmış; Hz. Peygamber de (s.a.) onu kendisinin sünneti olarak takdim etmiştir. *"Şu nikâhı etrafa duyurun, onu mescidlerde yapın ve nikâh dolayısıyla tefler çalın."*[146] hadisi nikâhta, basit bir akitte rastlanmayan bazı niteliklerin bulunduğunu göstermektedir.

Bu bilgilerden hareketle, nikâhın ne sırf bir medenî muamele, ne de hukukî yönü olmayan sırf bir ibadet değil, aksine, iki niteliğin de içinde bulunduğu özel bir akit olduğu söylenebilir. Bunun içindir ki bazı fakihler, aile hukuku meselelerinin incelendiği *"Kitabu'n-Nikâh"* bölümünü, ibadet bahisleriyle hukuk bahisleri arasına yerleştirmişlerdir.

A. Evlenme Akdinin Unsurları (İn'ikâd Şartları)

Bir evlenme akdinin kurulabilmesi ya da varlık kazanabilmesi için bazı unsurların mevcut olması gerekmektedir. Bu kurucu unsurlara *"in'ikâd şartları"* denmektedir. Evlilik akdinde mutlaka aranan bu unsurlar *taraflar, evlenme engellerinin bulunmaması* ve *evliliğe dönük irade beyanı* olarak üç tanedir.

1. Taraflar (Evlenme Ehliyeti ve Velinin Rızası)

Evlenme akdinin en önemli unsurunu taraflar yani evlenecek kişiler ve bunların veli ya da vekilleri oluşturmaktadır. Evlenebilme ehliyetine sahip ve evlenmelerinde herhangi bir engel bulunmayan herkes evlilikte taraf olabilir. *Evlenme ehliyeti,* başkalarının izin ve onayına ihtiyaç olmadan evlenebilme selahiyeti demektir. Bunun için akıl ve ruh sağlığı yanında bâliğ olmak şartı aranır. Küçükler, bunaklar gibi bu iki şarta sahip olmayanlar, hukuk nazarında eda/fiil ehliyeti açısından eksik sayıldıklarından kendi başlarına evlenemezler, ancak velileri tarafından evlendirilirler.

---

145 en-Nisâ 4/21–24.

146 Tirmizî, "Nikâh", 6.

Hanefîler dışında diğer üç mezhep, yetişkin (bulûğa ermiş) kızların da ancak velileri vasıtasıyla evlenebileceklerini söylerken; Hanefîler, yetişkinlerin veliye danışmadan da kendi başlarına nikâh akdinde taraf olabileceklerini kabul etmiştir.

İlk bakışta insan şahsiyetine ve onun tasarruf hürriyetine önem verir gibi görünen Hanefî ictihadı, toplumların büyümesi ve bozulması sonucunda bazı sakıncalı sonuçları da beraberinde getirmiştir. Duygusal yönelişlerle özellikle kızlar, tedbirsiz davranarak kendilerine ve ailelerine zarar verecek evlilikler yaptıkları için bunun kontrol altına alınması gerekmiştir. Bu sebeple olsa gerek 1917 tarihli *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi* şu düzenlemeyi yapmıştır: "Evlenme ehliyeti için erkeklerin 18, kızların 17 yaşını bitirmeleri şarttır. Evlenme ehliyetine sahip erkekler diledikleri gibi evlenebilirler. Fakat kızlar için hâkim, durumu velisine bildirip bir itirazı olup olmadığını sorar. Veli itiraz etmez ya da yaptığı itiraz yerinde bulunmazsa, hâkim, tarafları evlendirir". Günümüz şartlarında da bu düzenleme esas alınmalıdır.

Hanefî mezhebine göre bulûğ çağına gelmiş bir kızı, kendi rızası olmadıkça hiç kimse zorla evlendiremez. Kızın razı olmadığı evlilik akdi hükümsüzdür.

"*Rızası alınmadan bekâr kız evlendirilemez*"[147] hadisi bunu açıkça ortaya koymaktadır.

2. Evlenme Engellerinin Bulunmaması

Bir evlilik akdinin kurulabilmesi için tarafların birbirleriyle evlenmelerine mani bir engelin bulunmaması gerekmektedir. Kimlerle evlenilemeyeceği (*muharramât*), bir başka ifadeyle hangi özelliklerin evlenme engeli sayılacağı Kur'ân ve Sünnet tarafından ayrıntılı olarak açıklanmıştır:

"*Babalarınızın evlendikleri kadınlarla evlenmeyin! Geçmişte olanlar artık geçmiştir. Çünkü bu bir fuhuş ve iğrenç bir şeydi, ne kötü yoldu.*"; "*Sizlere analarınız, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, kardeşlerinizin kızları, kız kardeşlerinizin kızları, sizi emziren sütanneleriniz, sütkardeşleriniz, hanımlarınızın anneleri, kendileriyle gerdeğe girdiğiniz hanımlarınızdan olup yanınızda kalan üvey kızlarınız -ki onlarla (anneleriyle) gerdeğe girmemişseniz size bir engel yoktur-, öz oğullarınızın eşleri ve iki kız kardeşi bir arada almak suretiyle*

147 Buhârî, "Nikâh", 40–41; Müslim, "Nikâh", 64, 66–68; Ebû Dâvûd, "Nikâh", 23; Muvatta, "Nikâh", 4. Ayrıca bkz. Tirmizî, "Nikâh", 18; Müsned, 6/368.

evlenmek haram kılındı. Geçmişte olanlar artık geçmiştir. Doğrusu Allah bağışlar ve merhamet eder... Evli kadınlarla evlenmeniz de haram kılındı..."[148]; "*Allah'a eş koşan kadınlarla onlar imana gelinceye kadar evlenmeyin...*"[149]; "*Mümin kadınlar inkârcılara helâl değildir, o inkârcı erkekler de bu mümin kadınlara helâl değildir...*"[150]; "*Kan hısımlığından haram olanlar, süt yönüyle de haram olurlar.*"[151]

Bu naslara göre evlenme engelleri şu şekilde sınıflandırılabilir:

a. Devamlı Evlenme Engelleri

Hiçbir durumda ortadan kalkmayan bu çeşit evlenme engelleri Kur'ân'ın açıkladığı şekilde üç gruptur:

aa. Doğumdan meydana gelen kan hısımlığı: Bu gruba giren engeller şu dört derecede kendisini gösterir:

1. *Usûl:* Ana, nine, baba, dede.

2. *Furû:* Oğul, kız ve bunların çocukları (torunlar).

3. *Ana-babanın furû'u ve bunların çocukları:* Kardeşler ve kardeş çocukları (yeğenler).

4. *Dede-ninenin furû'u:* Amca-hala, dayı-teyze. Bunların çocuklarına gelince; onlar ikinci derecede oldukları için evlenme engeline dâhil olmazlar.

ab. Evlenme sebebiyle meydana gelen hısımlık: Aralarında evlenmeden doğan hısımlık (karâbet-i musâhera/kayın hısımlığı) bulunan şu dört grupla, bu hısımlık ölüm veya boşanma ile sona ermediği için, ebediyyen evlenilemez:

- *Usûlün eşleri:* Baba veya dedenin hanımları yani üvey anne ve nineler.
- *Furû'un eşleri:* Çocuk veya torunların eşleri yani gelinler.
- *Hanımın usûlü:* Yani kayınvalide ve nineler.
- *Hanımın furû'u:* Yani üvey kızlar.

---

148 en-Nisâ 4/22–24.

149 el-Bakara 2/221.

150 el-Mümtehine 60/10.

151 Buhârî, "Nikâh", 20; "Şehâdât", 7; Müslim, "Radâ", l; Muvatta, "Radâ", 1.

İlk üç grupta evliliğin yasak hale gelmesi için sadece nikâh akdinin yapılmış olması yeterli iken, son grupta nikâhın yanında cinsel birleşmenin varlığı da şarttır. Daha açık bir ifadeyle, nikâhtan sonra hanımla cinsel birleşme olmadan boşanma ya da ölüm söz konusu olmuşsa, o hanımın başka erkekten olma kızı ile evlenmek mümkündür. Fakat hanımla cinsel birleşme olursa artık üvey kızlarla hiçbir şekilde evlenilemez.

ac. Süt emzirmeden doğan hısımlık: "*...Sizi emziren sütanneleriniz ve sütkardeşleriniz size haram kılındı...*"[152] âyeti ile süt emzirmenin ve emmenin bir evlilik engeli olduğu belirtilmiştir. Hz. Peygamber (s.a.) daha genel bir ifade ile sütten dolayı kimlerle evlenmenin haram olacağını şöyle formülleştirmiştir: "*Kan hısımlığından (nesepten) haram olanlar, süt hısımlığından da (radâ') haram olurlar.*"[153]

Zikri geçen hadisteki formülü açacak olursak, sütten dolayı evlenme engeline giren hısımları şöyle belirleyebiliriz: Süt emen çocuğu süt emziren kadının öz çocuğu gibi kabul ettiğimizde, öz çocuk o aileden kimlerle evlenemezse süt emen çocuk da aynı kişilerle evlenemez. Sütanne, sütkardeş, süthala, sütteyze, sütamca... gibi.

Çoğunluğa göre emilen süt miktarının haram kılmada bir önemi yok iken, İmam Şâfiî (ö. 204/820) ve Hanbelîler, aralıklı olarak beş defa, üstelik doyuracak nitelikte tekrarlanmayan emzirmelerin haram kılmayacağını söylemişlerdir. Hadis kaynaklarında yer alan Hz. Âişe kaynaklı bazı haberler[154] bu son ictihadı desteklemektedir.

Yine İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre süt hısımlığının oluşabilmesi için emmenin ilk iki yaş içinde gerçekleşmesi gerekmektedir.

b. Geçici Evlenme Engelleri

Bu türdeki evlenme engelleri belirli hallerde ortadan kalkabilir ve dolayısıyla daha önce evlenemeyen taraflar evlenebilir hale gelebilirler. Şu altı şekil bu tip evlenme engellerini göstermektedir.

---

152 en-Nisâ 4/23.

153 Buhârî, "Nikâh", 20; Müslim, "Radâ", 1; Muvatta, "Radâ", 1; Ebû Dâvûd, "Nikâh", 6; İbn Mâce, "Nikâh", 34; Müsned, 1/275.

154 Müslim, "Radâ", 25; Muvatta, "Radâ", 18; Ebû Dâvûd, "Nikâh", 9–10; Tirmizî, "Radâ", 3; Müsned, 6/201, 255.

ba. Din farkı: Müslüman erkek veya kadınlar, müşriklerle evlenemezler.[155] Müslüman bir kadın ehl-i kitap olan gayri müslimlerle de evlenemez.[156] Fakat bir müslüman erkek, ehl-i kitap bir kadınla evlenebilir.[157] Din farkı geçici bir engeldir. Eğer yukarıdaki ihtimallerde, müslüman olmayanlar İslâm'ı kabul edecek olurlarsa engel de ortadan kalkar.

bb. Üç kere boşanma: Hanımıyla üç kere boşanan bir erkek artık onunla evlenemez. Ancak o kadın bir başkasıyla normal bir evlilik yapıp tekrar boşanır ya da ikinci kocası ölürse o zaman ilk kocasıyla tekrar evlenebilir.[158]

bc. İddete bağlı evlenme engeli: Evliliğin boşanma, ölüm veya fesih sebeplerinden biri ile sona ermesi halinde kadın, belli bir süre iddet bekleyecektir. İşte bu bekleme süresinde kadın geçici olarak evlenemez.

bd. Çok eşliliğe bağlı evlenme engeli: İslâm aynı anda en fazla dört hanımla evli olmayı caiz saydığından[159] beşinci hanımla evlenilemez.

be. Kadının başkasıyla evli olması: Bir kadının aynı anda birden fazla erkekle evlenmesi haram olduğundan evli bir kadınla nikâh yapılamaz.[160] Kadın mevcut kocası tarafından boşanmadıkça ya da kocası ölmedikçe bir başkasıyla evlenemez.

bf. Zevcenin hısımı olma: Birden fazla evlilikte söz konusu olan bu engel, aynı anda iki hısımın bir nikâh altında buluşamayacağı anlamına gelmektedir. İki kız kardeşle birden evlenmek gibi. Kadınlar arasında hangi derecedeki hısımlığın böyle bir evlenmeye engel olacağı hususundaki ölçü şudur: Evlenilmek istenilen kadınlardan her birisi erkek olarak varsayıldığında diğeri ile evlenmesi yasak ise onların ikisini bir nikâh altında birleştirmek de yasaktır.

3. Evliliğe Dönük İrade Beyanı ve Şartları

Evlilik akdinin üçüncü unsuru, *tarafların evliliğe dönük rızalarının göstergesi olan irade beyanları*dır. Evlenmenin meydana gelebilmesi için evlenecek

---

155 el-Bakara, 2/221.

156 el-Mümtehine 60/10. Ayetin söz konusu hükme delâleti her ne kadar kat'î değilse de, el-Beyyine 98/1; en-Nisâ 4/141; el-Mâide 5/5 gibi âyetlerden ve bu yönde yerleşen uygulamadan hareketle müslümanlar, ilk dönemlerden itibaren bu nokta üzerinde icmâ etmişlerdir.

157 el-Mâide 5/5.

158 el-Bakara, 2/228–229.

159 en-Nisâ 4/3.

160 en-Nisâ 4/24.

olan şahısların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun bir tarzda beyan etmeleri gerekir. Bu beyan sözlü olabildiği gibi yazılı da olabilir.

İslâm hukukçularının *îcâb* (ilk teklif) ve *kabul* (ilk teklife verilen cevap) ismini verdikleri irade beyanı, vekiller aracılığıyla da olabilir. Beyanlar taraflarca işitilecek ya da anlaşılacak tarzda açıklanmalı ve araya fasıla girmeden birbirini takip etmelidir. Ayrıca irade beyanında kullanılan ifadeler, yapılan işin bir evlenme akdi olduğunu kesin ve açık bir şekilde göstermelidir.

B. Evlenme Akdinin Geçerlilik (Sıhhat) Şartları

Evlenme akdinin hukukî sonuçlarını tam olarak doğurabilmesi için yukarıda sayılan unsurların varlığı yanında bazı sıhhat şartlarının da bulunması gerekmektedir. Aşağıda sıralayacağımız iki sıhhat şartından birisinin yokluğu halinde akit, fâsit olarak doğar.

1. Şahitlerin Bulunması

Evliliği zinadan ayıran ölçü, akde bağlı açıklıktır. Evlilik açık ve alenî, zina ise gizli ve kapalıdır. Evliliğin açıklığı da şahitler ile sağlanır.

Buna göre nikâh akdi, akıl ve ruh sağlığı yerinde, ergenlik çağına gelmiş ve müslüman olan iki erkek şahidin veya bir erkek, iki kadın şahidin huzurunda[161] yapılmalıdır. Evlenecek kadının gayri müslim olması durumunda, Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve Ebû Yûsuf (ö. 182/798) bu akde gayri müslimlerin de şahitlik edebileceklerini söylemişlerdir.

Yapılan bu nikâh akdinin açıklığını tam olarak temin edebilmek için günümüzde ilanın da büyük önemi bulunmaktadır.

2. Evlilikte Rıza ve İhtiyarın Bulunması

Hanefî mezhebi dışında, İslâm hukukçularının çoğunluğu, ikrah ve cebir altında (zorla) yapılan nikâh akdinin geçerli olmayacağını söylemişlerdir.

Evlilik herhangi bir akit olmanın ötesinde anlamlar taşıdığı, hayat boyu huzurlu bir birliktelik arzu edildiği için taraflar kendi rıza ve seçimleriyle karar vermelidirler. Hz. Peygamber'den nakledilen birçok hadis[162] bunun önemini vurgulamaktadır.

---

161 el-Bakara 2/282.

162 Mesela bk. Buhârî, "Nikâh", 42; Ebû Dâvûd, "Nikâh", 25; Tirmizî, "Nikâh", 18; Nesâî, "Nikâh", 35; Muvatta, "Nikâh", 25; Müsned, 6/328.

Nitekim *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi* de *"İkrah ile vuku bulan nikâh fâsittir."* hükmünü koyarak, evlilikte rıza ve ihtiyarın bulunmasını bir sıhhat şartı olarak tanımıştır.

C. Evlenme Akdinin Yürürlük (Nefâz) Şartları

Kuruluş (in'ikâd) ve geçerlilik (sıhhat) şartlarını taşıdığı için hukuken varlık kazanan bir evlilik akdi, bazen birtakım eksikliklerden dolayı yürürlüğe girmeyebilir. İşte akdin yürürlük kazanabilmesi yani hükümlerini doğurabilmesi için gerekli şartlara *nefâz* şartları denmektedir.

Tarafların veya velilerinin onaylarının alınmasının gerekli olduğu durumlarda bu onay alınmamışsa akit yürürlüğe girmez, askıda/mevkûf kalır. Şu halde onayın alınması bir nefâz şartıdır.

D. Evlenme Akdinin Bağlayıcılık (Lüzum) Şartı ve Eşler Arasındaki Denklik (Kefâet) Meselesi

Bulunmadığı takdirde akdi feshetme hakkı doğuran şartlara bağlayıcılık/lüzum şartı denmektedir. Evlenme akdi tabiatı gereği esasen bağlayıcı/lâzım bir akittir, yani tek taraflı olarak bozulamaz. Bununla beraber İslâm hukuku, bazı durumlarda akdin lâzım olmadığını ve tarafların belli şartlar dâhilinde bunu bozabileceklerini hükme bağlamıştır. Bu durumlardan önemlileri şöyle sıralanabilir:

a. Akıl sağlığı yerinde ve buluğa ermiş bir kadın, velisinin iznini almadan dengi olmayan bir erkekle evlenmişse, kadının velisi, denkliğin yokluğunu ileri sürerek akdi feshedebilir.

b. Yukarıdaki meselede erkek kadının dengi olur ama mehir, emsâl mehrin altında olursa veli, mehrin emsâlden az olduğunu ileri sürerek akdi feshedebilir.

c. Kadın, nikâhtan sonra kocasında evliliğin yürümesine engel bir bedenî eksiklik bulur da buna razı olmazsa akdi feshedebilir.

İlk iki maddede etkin olduğu görülen *denklik* (*kefâet*), evlenecek kişiler arasında dinî, iktisadî ve sosyal bakımlardan belli bir yakınlığın varlığı anlamında kullanılmaktadır.

Gerçekten de denklik, hem bizzat evlenecekler için hem de onların aileleri için kaynaşmayı ve ülfeti daha çabuk temin edecek, üstelik bunu sürekli kılacak bir unsurdur. Bunun için fakihler, kendi dönemlerinin şartları içinde eşlerin

hangi yönlerden denk olmaları gerektiği üzerinde hassasiyetle durmuşlardır. Günümüz açısından meseleye bakıldığında, denkliğin şu üç noktada aranması uygun görünmektedir: Dindarlık, iyi ahlâk sahibi olma, ve sosyo-ekonomik seviye yakınlığı.

Evlenmede *denklik*, kadında değil erkekte aranır. Erkek, kendisine denk olmayan bir kadınla evlenebilir; fakat kadın, kendisine denk olmayan bir erkekle evlenemez. Evlenecek olursa yukarıda belirtildiği gibi velisinin akdi feshetme hakkı vardır. Eğer kadın bu arada hamile kalmış olursa velisinin bu hakkı düşer.

II. Geçerlilik Bakımından Evlenme Akdinin Çeşitleri

Evlenme akdi, bir önceki bahiste zikredilen *kuruluş, geçerlilik, yürürlük* ve *bağlayıcılık* şartlarının tam ya da eksik oluşuna göre farklı hüküm kategorilerine ayrılmaktadır. Muteberlik yönüyle yani akdin sonuçları ve hukukî niteliği açısından evlilik akdi; *sahih, fâsit, bâtıl, mevkûf* ve *gayrı lâzım* şeklinde tasnif edilmektedir. Aşağıda bu şekiller ve sonuçları hakkında kısa bilgiler verilecektir.

A. Sahih Evlenme Akdi

Unsur ve şartları tam olarak mevcut bulunan evlenme akdidir. Hiçbir eksiği bulunmayan böyle bir akit, evliliğin bütün hukukî sonuçlarını doğurur. Buna göre eşler cinsel ilişki kurabilir, kadın nafakaya ve belirlenen mehre hak kazanır, eşler arasında evlenmeden doğan sıhrî hısımlık meydana gelir, çocukların nesebi sabit olur ve karşılıklı mirasçılık cereyan eder.

B. Fâsit Evlenme Akdi

Kuruluş şartları tam olmakla beraber daha önce geçen sıhhat yani geçerlilik şartlarında bir eksiklik bulunan evlilik akdi fâsittir. Bu açıdan bakıldığında şahitsiz yapılan nikâh akdi ile ikrah (zorlama) altında yapılan akitler fâsittir. Bunun yanında eşlerin üzerinde anlaştıkları bir süreyle sınırlı olan ve muvakkat diye nitelenen nikâh akdi de fâsittir.

Fâsit evlenme akdinde tarafların evliliği sürdürmeleri caiz değildir. Aksine derhal ayrılmaları gerekir. Eğer kendiliklerinden ayrılmazlarsa adlî makamlar bu evliliğe zorla son verirler.

Cinsel birleşme olmadıkça fâsit evlilik hiçbir hukukî netice doğurmaz. Eğer eşler arasında birleşme olmuşsa şu sonuçlar doğar:

a. Ortalama mehir ile taraflar arasında belirlenmiş olan mehirden hangisi az ise kadın ona hak sahibi olur.

b. Akit tarihinden başlamak üzere en az altı ay, en fazla bir yıl geçtikten sonra doğan çocuğun nesebi sabit olur.

c. Evlenmekten doğan hısımlık oluşur.

d. Eğer ayrılma olursa iddet ve iddet süresince nafaka da gerekir.

C. Bâtıl Evlenme Akdi ve Müt'a Nikâhı

Kuruluş şartlarında bir eksiklik bulunan akde, *bâtıl evlenme akdi* denmektedir. Birbirleriyle evlenmelerinde engel bulunan iki kişinin evlenmeleri; bir çocuğun ya da akıl hastasının kendi başına evlenmesi gibi.

Noksanlık, nikâh akdinin ana unsurlarında bulunduğundan böyle bir akit hiçbir anlam ve hüküm ifade etmez. Cinsel birleşmenin olup olmaması da bu sonucu değiştirmez. Tarafların derhal birbirlerinden ayrılması gerekir. Kendiliklerinden ayrılmazlarsa hâkim zorla ayırır. Diğer taraftan mehir, nafaka, nesep, iddet ve miras da söz konusu değildir.

Bâtıl evlenme akitlerinden birisi de "müt'a nikâhı" olarak bilinen sözleşmedir. Evlenmeleri hukuken caiz olan kişilerin bir ücret karşılığında belli bir süre birbirlerinin cinselliklerinden yararlanmak amacıyla yaptıkları evlenme akdi olan müt'a, sahabe çoğunluğuna ve dört mezhep imamına göre bâtıldır.

D. Mevkûf ve Gayri Lâzım Evlenme Akdi

Kuruluş (in'ikâd) ve geçerlilik (sıhhat) şartları tamam olmakla beraber yürürlük (nefâz) şartlarında eksiklik bulunan evlenme akdi mevkûftur. *Mevkûf* terimiyle, yürürlük kazanması başkasının izin ya da onayını gerektiren akitler kastedilir. Mesela aklı başında ama henüz bâliğ olmamış çocukların yaptıkları evlilik akdi, velilerinin izin ve onayına kadar mevkûftur.

Keza vekâlet yetkisine dayanmadan başkası adına evlilik akdi icra eden kişinin (fuzûlînin) akdi de mevkûftur; yürürlüğe girmesi, kendi adına nikâh kıyılan kimsenin onayına bağlıdır.

Böyle akitler, onay verecek kişinin onayından/icazetinden önce fâsit nikâh hükümlerine tabidir.

Diğer şartları tamam olduğu halde bağlayıcılık (lüzum) şartlarında eksiklik olan evlenme akdine de *gayri lâzım* yani bağlayıcı olmayan evlenme denmektedir. Mesela aklı başında ve bulûğa ermiş bir kadının velisinden izinsiz olarak dengi olmayan bir erkekle yaptığı evlilik, gayrı lâzımdır. Çünkü denkliğin eksikliği veliye akdi feshetme hakkı verir.

Cinsel birleşmeden önce fesih hakkı kullanılmışsa gayri lâzım evlilik hiçbir sonuç doğurmaz. Ama birleşme olmuş ve ondan sonra fesih gerçekleşmişse iddet, nafaka, evlenmekten doğan hısımlık (müsâhera), nesep ve emsal mehir sabit olur. Fakat kadın hamile kalmışsa fesih hakkına sahip olanlar artık bu haklarını kullanamazlar.

III. Evlenme Akdinin Mâlî Sonuçları

Evlilik akdi birtakım mâlî sonuçlar doğurur. Mehir ve nafaka olarak iki alt başlıkta değineceğimiz bu mâlî sonuçlar kocanın sorumluluğu altındadır.

1. Mehir

Erkeğin evlenirken kadına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği mal veya paraya *mehir* denmektedir. Verilen şeyler tamamen kadının olup onda hiç kimsenin ortaklığı yoktur.

Mehir, nikâhın şartlarından değil de sonuçlarından birisidir. Bu sebeple, nikâh sırasında mehir konuşulmuş olmasa, hatta mehir verilmeyeceği açıkça söylenmiş olsa bile bu durum, nikâh akdinin gerçekleşmesini engellemez. Böyle bir durumda kadın, yine de emsâl (misil) mehre hak kazanır.

Akit esnasında belirlenip belirlenmemesine göre mehir, *mehr-i müsemmâ* ve *mehr-i misil* şeklinde ikiye ayrılır. Tarafların konuşarak üzerinde anlaştıkları mehre, "belirlenmiş mehir" anlamında *mehr-i müsemmâ* denir. Eğer böyle bir belirleme olmamışsa o zaman kadının yakın akrabası içinde kendi özelliklerine yakın birisi için belirlenmiş olan mehir dikkate alınır ki, buna da "benzer mehir" anlamında *mehr-i misil* denir.

Mehir bütünüyle peşin verilebileceği gibi, bir kısmı peşin verilip bir kısmı daha sonraya da bırakılabilir. Birincisi "peşin mehir" anlamında *mehr-i muaccel,* ikincisi "ertelenmiş mehir" anlamında *mehr-i müeccel* olarak isimlendirilir.

2. Nafaka

Evlilik içinde kocanın eşi ve çocukları için yüklendiği geçim masraflarına *nafaka* denmektedir. Kocanın eşine olan nafaka sorumluluğunun içine, kocanın durumuyla orantılı ve normal miktarlar içinde olmak üzere yiyecek, giyecek, mesken, tedavi ve ilaç giderleri ile gerektiğinde hizmetçi masrafları girmektedir.

Buradaki nafaka, anlaşılacağı üzere evlilik nafakasıdır. Bunu, yakından uzağa söz konusu olan akrabalık nafakası ile karıştırmamak gerekir. *Usûl* (ana-babalar...*), furû'*(çocuk-torunlar...) ve diğer akrabalar arasında bir nafaka sorumluluğundan bahsedebilmek için genel hatlarıyla şu şartlar oluşmalıdır:

Nafaka alacak kimse fakir ve kazanma imkânından mahrum bulunmalı; nafaka verecek kişi başkasına muhtaç olmamalı; nafaka alacak kişi, eş, usûl ve furû dışında kalan diğer akrabalardan ise, müslüman olmalıdır.

IV. Evliliğin Sona Ermesi

Evlilik, prensip itibariyle bir ömür boyu devam edecek bir hukukî beraberlik olarak kabul edildiği için, bu birlikteliğin ölüm dışında bir sebeple sona ermesi pek düşünülmez. Bu beraberlikte eşler kadar toplumun da büyük yararı vardır. Çünkü toplumun en küçük birliğinin dağılması, onun dirlik ve düzenini de yakından etkileyecektir.

Diğer taraftan bir huzur ve mutluluk ikliminde yaşansın diye kurulan evlilik bağı, bazı sebepler dolayısıyla bu ortamı oluşturmayabilir. Hatta daha da ileri boyutta, evliliğin devamı bazen üzüntü, sıkıntı ve işkence anlamına da gelebilir. Böyle bir durumda da evliliğin sona erdirilmesi ihtimali düşünülebilir.

İslâm hukuku bu noktada iki temel yaklaşım sergilemektedir. Öncelikle evlenme akdinin sürekli olmasını arzu edip sebepsiz yere bozulmasına bazı ağır manevî yaptırımlar getirmekle bu beraberliğin devamını sağlamaya çalışmakta; diğer taraftan da karşılıklı rıza ile veya ileride değinilecek belli sebeplere bağlı olarak ya da gerektiğinde mahkeme yoluyla sona erebileceğini de kabul etmektedir.

Evliliğin sona ermesinde daha çok rastlanılan şekil, kocanın boşaması demek olan *talâk*tır. Bunun yanında *muhâla'a* ya da *hul'* denen karşılıklı rıza ile boşanma, *tefrîk* denen adlî boşanma, *irtidât* diye ifade edilen dinden çıkma sonucu meydana gelen boşanma gibi şekiller de bahis mevzuudur.

Bu noktadan itibaren taraflardan sadece birisinin iradesiyle meydana gelen ayrılığa *"boşama"*, her iki tarafın iradesini gerektiren ayrılıklarla, hâkimin ayırmasına *"boşanma"* diyerek bu şekiller ele alınacaktır.

A. Boşama (Talâk) ve Hükümleri

Bağı çözmek, ayırmak, serbest bırakmak gibi kök anlamları bulunan *"talâk"* kelimesi, bir hukuk terimi olarak şu anlama gelmektedir: Nikâh akdini çözmek ve kaldırmak amacıyla kullanılan belli sözlerle erkeğin evlilik bağını ortadan kaldırmasıdır.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere *talâk* terimi, fesih ve tefrîkten farklıdır. Zira *fesih*, kuruluşu sırasında bulunan veya eşlerden birisinin dinden çıkması gibi sonradan meydana gelen bir bozukluk sebebiyle evlilik akdinin iptali demekken; *tefrîk* de hâkimin evliliğe son vermesi demektir.

İslâm hukuku kaynakları, Kur'ân ve Sünnet metinlerindeki kullanımdan hareketle, talâk terimi ile sadece erkeğin tek taraflı iradesi ile evliliğe son vermesini kastetmişlerdir.

İslâm, "aslında bir nimet ve saadet vesilesi olduğu halde artık çekilmez bir yük haline gelen evlilik bağını çözmek ve eşlerin anlaşabileceği kimselerle yeni aile yuvaları kurmalarına imkân vermek" için talâkı meşru saymış, ama onun gerçekte istenen ve sevilen bir husus olmadığı, hatta sırf zevk için yapılan boşamaların Allah'ın lanetini çekeceği uyarısında da bulunmuştur.

1. Boşama İçin Kullanılan Sözler, Şekiller ve Boşama Sayısı

Sözlü bir tasarruf olduğu için boşama, kural olarak her şeyden önce belli sözlerle olur. Kullanılan sözlerin boşama anlamını ifadedeki açıklığı ya da kapalılığı boşama ile ilgili hükümleri etkilemektedir.

Boşamada kullanılan sözler, mahiyetleri ve doğurduğu neticeler bakımından ikiye ayrılmaktadır: *Sarih sözler ve kinayeli sözler.* Boşama iradesi kendisinden açık olarak anlaşılan ve toplumun örfüne göre bu anlamı doğurmak üzere kullanılan sözlere, *sarih boşama lafızları* denmektedir. Buna karşılık hem boşamaya hem de başka anlamlara gelebilen ve gerçek maksadın ancak niyetle anlaşılabildiği sözlere de, *kinayeli boşama lafızları* denmektedir.

Dilimizdeki "sen boşsun, boş ol, seni boşadım" gibi *"talâk"* yani "boşama" kökünden türeyen kelimelerle, "senden ayrıldım, sen bana haramsın, şart olsun, sen bana nâmahrem oldun" gibi örfün kendilerine boşama anlamı yüklediği söz

kalıpları *sarih boşama lafızlarıdır*. Böyle lafızlarla, niyet ve ortamın delaletine (karineye) bakılmaksızın boşama meydana gelir.

"Seni terk ettim, seni serbest bıraktım, benden kurtuldun, çık git, cehenneme git, git başkası ile evlen" gibi ifadeler ise *kinayeli lafızlar*dır. Böyle lafızlar ancak şu hallerde boşama anlamına gelir ve eşleri ayırır:

a. Kocanın, bu sözleri boşama niyetiyle söylemesi,

b. Sözün kullanıldığı ortamın boşama niyetinin varlığına delalet etmesi. Meselâ boşama konusunun konuşulduğu bir anda bu sözler kullanılmışsa, halin delâleti, ortada boşama niyetinin varlığını göstermektedir.

Hanefî hukukçular, sarih lafızlarla olan boşamanın *ric'î* yani iddet içinde yeni bir akde gerek kalmaksızın evliliğe dönülebilir; kinayeli lafızlarla olan boşamanın *bâin* yani ancak yeni bir akitle evliliğe devam edilebilir bir boşama olduğu kanaatindedirler.

Talâkın hangi çeşidi olursa olsun, İslâm, boşama yetkisine sahip olan tarafa *üç boşama hakkı* vermiştir. Bir ve ikinci boşamalardan sonra, *bâin* ve *ric'î* oluşuna göre usulüne uygun bir biçimde tekrar bir araya gelme imkânı bulunmaktadır.[163] Fakat üçüncü boşama hakkının kullanılmasıyla eşler birbirlerinden tamamen ayrılırlar. *Beynûnet-i kübrâ* (büyük ayrılık) denen bu halde, kadın bir başka erkekle evlenip onunla beraber olmadıkça eski kocasına helâl olmaz.[164]

2. Boşama Çeşitleri

Dönüşlü olup olmamasına ve usulüne, yani sünnete uygunluğuna göre boşama, çeşitli şekillere ayrılmaktadır.

a. Dönüşlü olup olmamasına göre

İddet içerisinde kocanın hanımına dönüp dönememesi açısından boşama *ric'î ve bâin* olarak ikiye ayrılmaktadır.

aa. Ric'î boşama (İddet içinde iken dönülebilir boşama)

Yeni bir evlilik akdine ve yeniden mehir vermeye gerek olmaksızın, kocaya, tek taraflı iradesiyle iddet süresi içinde boşadığı eşine dönme imkânı veren boşamaya *ric'î* veya *rac'î boşama* denmektedir. Böyle bir talâkın söz konusu

163 el-Bakara 2/229; en-Nisâ 4/19; et-Talâk 65/2.

164 el-Bakara 2/230.

olabilmesi için eşler arasında fiilen karı-koca hayatı (zifaf) yaşanmış olmalı, talâk yukarıda beyan edilen sarih sözlerle yapılmış olmalı ve ayrıca bu boşama, üçüncü ve son boşama olmamalıdır.

Bu durumda koca, eğer isterse boşanma iddeti içinde iken hanımının rızası olmasa bile yeni bir akde gerek kalmaksızın ona dönebilir.

İddet içinde dönüş olmadığı takdirde ise talâk, *bâin* hale gelir; yani akitsiz ve mehirsiz yeniden bir araya gelme imkânı ortadan kalkmış olur.

ab. Bâin boşama (Ayırıcı ve iddet içinde iken tek taraflı irade ile dönülemeyen boşama)

Evliliği kesin olarak sona erdiren, kocaya yeni bir nikâh ve mehir tespiti olmadıkça boşadığı eşine dönme imkânı vermeyen boşamaya *bâin* denmektedir.

Boşama cinsel birleşmeden veya sahih halvetten önce olursa veya ileride açıklanacağı üzere bir bedel karşılığında (muhâla'a) vuku bulursa, ya da kinâye ve şiddet içeren ağır sözlerle yapılmış olursa bu boşamalar, Hanefîlere göre *bâin* sayılır. Bunun yanında mahkeme yoluyla meydana gelen ayrılıklar ile nasıl cereyan ederse etsin üçüncü ve son boşama hakkının kullanıldığı boşamalar da bâindir. Şâfiî ve Hanbelîler ise sadece zifaftan önceki boşamayı, muhâla'a yoluyla boşanmayı ve üçüncü boşamayı bâin sayarken Mâlikîler bunlara bir de tefvîdu't-talâk (kocanın karısına boşama hakkını tanıması) yetkisini kullanarak boşanmayı eklemişlerdir.

Bâin talâk, evlilik birliğini hemen sona erdirir. Artık eşler birbirlerine yabancı hale gelirler. Fakat bununla beraber eğer üçüncü boşama hakkı kullanılmamışsa, eşler, gerek iddet içinde iken, gerekse daha sonra yeni bir nikâh akdiyle tekrar evlenebilirler.

b. Sünnete uygun olup olmamasına göre

Yukarıdaki teknik ayırım yanında İslâm hukuku, yapılan bir boşamayı Kur'ân-ı Kerîm'in irşadına ve sünnetteki tatbikata uygunluğu açısından da ikiye ayırmıştır. Sünnete ve örnek uygulamalara uygun olarak icra edilen talâka *sünnî*, böyle olmayanlara da *bid'î* denmiştir.

ba. Sünnî talâk/boşama

"*Ey Peygamber! Kadınlarınızı boşadığınız zaman onları iddete başlayabilecekleri bir zamanda boşayın ve iddetleri sayın!..*"[165] âyeti sünnete uygun boşamanın niteliklerini belirlemektedir:

165 et-Talâk 65/1.

Buna göre bir boşamanın *sünnî* sayılabilmesi için, kadının hayız görmediği ve son hayzından itibaren cinsel ilişkide bulunulmadığı bir dönemde, bir boşama hakkı ile vuku bulması gerekmektedir.

bb. Bid'î talâk/boşama

Yukarıda sayılan *sünnî talâk* niteliklerini taşımayan boşamalar *bid'îdir.* Yani kadın, hayızlı iken veya temizlik devresinde ama kendisiyle cinsel ilişkide bulunulduktan sonra boşanırsa ya da bir temizlik devresinde birden fazla boşama hakkı kullanılmışsa *bid'î talâk* söz konusu olur.

Fakihlerin çoğunluğuna göre bu durumlardaki bir boşama, bid'at ve haram olmakla ve bu yola başvuran kişi günahkâr olmakla birlikte hukuken geçerlidir. Tıpkı sünnî şeklinde olduğu gibi talâkın hükümleri ve neticeleri devreye girer.

B. Karşılıklı Rıza İle Boşanma (Muhâla'a/Hul')

Boşama hakkı temelde kocaya verilmiş olmakla birlikte kadının vereceği bir bedel karşılığında karşılıklı rıza ile boşanma söz konusu olabilmektedir.

Şöyle ki, evlilik hayatında bazen karşılıklı sevgi oluşmaz, anlaşma sağlanamaz veya evliliğin devamı halinde kadın, tahammülü güç maddî ve ruhî sıkıntılara maruz kalabilir. İşte böyle durumlarda İslâm hukuku, kadına, belli bir bedel üzerinde kocasıyla anlaşarak boşanma hakkı tanımıştır.

Sözlük anlamı itibariyle çekip çıkarmak, gidermek anlamına gelen *hul'* ve *muhâla'a* kelimeleri, terim anlamıyla işte bu durumu anlatmaktadır.

Evlilikte mehir olarak verilebilen her şey muhâla'ada da bedel olabilir. Buna göre taşınır-taşınmaz mallar ve bazı menfaatlerle, vadeye bağlanmış mehir ve iddet nafakası da bedel olabilir.

Muhâla'anın hukuken geçerli olabilmesi için kocada boşama ehliyetinin bulunması yeterli iken; kadın tam ehliyetli, yani akıllı, ergin ve reşit olmalıdır. Çünkü bu, onun mal varlığını eksiltici bir tasarruftur. İşte böyle karşılıklı rıza ile olan boşama bir *bâin talâk* sayılmaktadır.

C. Yargı Yoluyla (Adlî) Boşanma/Tefrîk ve Sebepleri

Bunların dışında özellikle, prensipte boşama hakkına sahip olamayan kadının bazı gerekçelere dayanarak mahkemeye müracaatı ile de boşanma gerçekleşebilmektedir. Hâkim kararıyla gerçekleşen boşanmalar "*tefrîk*" terimiyle karşılanmaktadır. Başlıca tefrîk sebepleri şunlardır:

1. Hastalık ve Beden Kusuru

Nikâh akdi yapıldığı sırada kocada mevcut olan veya sonradan ortaya çıkan bazı hastalık ve fizyolojik kusurlar, fakihlerin çoğunluğuna göre kadın için mahkemeye başvurma hakkı doğurmaktadır.

Mesela, frengi, bel soğukluğu gibi zührevî hastalıklar; akıl hastalığı, cüzzam, alaca ve saçkıran gibi diğer hastalıklar, İmam Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Zâhirîler dışında kalan büyük çoğunluğa göre tefrîk sebebidir. Hatta Hanefîlerden İmam Muhammed, sayılan hastalıkların dışında, kocasıyla beraber bulunduğunda kadının zarar göreceği her tür hastalığın, kadın için hâkime müracaat sebebi sayılacağı kanaatindedir.

Anılan hastalıklar yanında bedende bulunan bazı cinsel kusurlar da tefrîk sebebi sayılabilmektedir. Erkekte bulunan iktidarsızlık, cinsel organın kesikliği, husyelerin çıkarılmış olması, çift cinsiyetlilik gibi cinsel ilişkiye engel kusurlar sebebiyle kadın, tefrîk talebinde bulunabilir.

2. Kötü Davranma ve Şiddetli Geçimsizlik

Eşlerin karşılıklı nefretleşmeleri, haksız davranışları, evliliğin gereği olan hukuka riayet etmemeleri, kocanın iz bırakacak şekilde hanımını dövmesi veya onu haram bir fiili işlemeye zorlaması gibi fena muamele ve geçimsizlik *(nüşûz ve şikâk)* hallerinde ilk planda ne yapılması gerektiğini Kur'ân şöyle açıklamaktadır:

"*...Eğer karı ile kocanın aralarının açılmasından endişelenirseniz o zaman kendilerine erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah, aralarındaki dargınlık yerine uyuşma lütfeder...*"[166]

Âyet-i kerîme, eşler arasında baş gösteren geçimsizlik hallerinde hakemler aracılığıyla arayı bulmayı emrederek evliliğin devamından yana gayret sarf edilmesini önermektedir. Buna rağmen ara bulunamaz, kötü muamele ve geçimsizlik devam edecek olursa nasıl davranılacaktır?

Mâlikîler, hem zarar gören kadının hâkime müracaatla tefrîk talebinde bulunabileceğini hem de ıslah için görev alan hakemlerin, karı-kocanın vekâlet vermesine gerek kalmadan bedelli ya da bedelsiz tefrîk haklarının bulunduğunu

166 en-Nisâ 4/35.

söyleyerek meseleyi adlî boşama kapsamına almışlardır. Buna karşılık Hanefî ve Şâfiîler, koca kendilerine boşama vekâleti vermediği takdirde hakemlere tefrîk yetkisini tanımayarak konuyu adlî boşamaya dâhil etmemişlerdir. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi,* Mâlikî mezhebinin ictihadını benimsemiştir.

3. Kocanın Nafakayı Kesmesi veya Temin Edememesi

Evlilik içinde kadının nafakasını teminle yükümlü olan koca, bu yükümlülüğünü bazen fakirlik sebebiyle, bazen de zengin olduğu halde ihmal veya kasıtla yerine getirmeyebilir. Böyle bir durumda kadının boşanma talebiyle mahkemeye müracaatına Hanefîler cevaz vermezken, diğer mezhepler bunu caiz görmektedirler.

4. Kocanın Kaybolması veya Evi Terk Etmesi

Kocanın kaybolmasında iki durum söz konusu olabilir: *Mefkûdluk* ve *gâiplik.*

Mefkûd, ortadan kaybolup kendisinden haber alınamayan, ölü mü diri mi olduğu bilinemeyen kimse iken; *gâip,* evini terk edip giden, hayatta olduğu bilindiği halde evine uğramayan kimseye denir.

Eşi mefkûd olan bir kadın, Mâlikîlere göre mahkemeye müracaattan dört yıl sonra eşinden boşanmış sayılır. Hanefî ve Şâfiîler ise kadının, mefkûd kocasının akranlarının yaşayacağı süre kadar bekleyeceği görüşündedirler. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi* bu konuda Mâlikîlerin görüşünü benimsemiştir.

Gâiplik haline gelince, yine Hanefî ve Şâfiîler bu durumu bir tefrîk sebebi saymamışlardır. Mâlikî ve Hanbelîlere göre ise böyle bir durumda şu süreç işletilir: Meşru bir mazerete dayanmadan evini terk eden kimsenin yeri biliniyor ise ve hanımı da *tefrîk* istemiyle mahkemeye müracaat etmişse hâkim, belli bir süre tespit ederek kocasına, ya evine dönmesini ya da hanımını yanına almasını haber verir. Belirlenen sürenin bitiminde aynı hal devam ediyorsa hâkim evliliğe son verir. Kocanın yeri belli değilse ve ayrılık da bir yılı geçmişse kadının isteği üzerine tefrîk kararı verilir. Bu karar bir *bâin talâk* hükmündedir. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi* de nafaka hakkının elde edilmesini imkânsız kıldığı için evi terk etmeyi, bir tefrîk sebebi olarak kabul etmiştir.

5. Hanımına Zina İsnadı Sebebiyle Yeminleşme ve Lânetleşme (Mülâane/Liân)

Hâkim kararıyla boşanma sonucunu doğuran sebeplerden birisi de *liândır.* Kelime anlamı itibariyle lanetleşme demek olan liân, bir hukuk terimi olarak şöyle tanımlanmaktadır: Hanımını zina yapmakla suçlayan ama bu suç isnadını

dört şahitle ispatlayamayan kocanın, mahkeme huzurunda hanımıyla özel bir şekilde ve karşılıklı olarak yeminleşmeleridir.

Şu âyet-i kerîme, bu uygulamanın hem delilini teşkil etmekte, hem de şeklini göstermektedir: "*Eşlerine zina isnat edip de kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği; kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair, Allah adına dört defa yemin etmesi, beşinci defada da; eğer yalancılardan ise, Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını ifade etmesiyle yerine gelir. Kocasının yalancılardan olduğuna dair Allah'ı dört defa şahit getirmesi (Allah adına yemin etmesi), beşinci defada da eğer kocası doğru söyleyenlerden ise Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını dilemesi, kadından cezayı kaldırır.*"[167]

Liân ya da mülâane yoluna gidebilmek için karı-kocanın aklı başında, bâliğ olmaları ve iffete iftira (kazf) suçundan sabıkalarının bulunmaması gerekmektedir. Buna ilaveten kadında da iffetli olma, yani yapılan zina isnadının doğruluk ihtimaline hiç kapı aralamayacak dürüstlükte olması şartı aranmaktadır.

Yeminleşmeye önce erkeğin başladığı mülâane işlemi tamamlanınca hâkim, eşleri ayırır ve bu ayırma Hanefîlere göre bir bâin talâk sayılır. Ebû Hanîfe ve öğrencisi Muhammed eş-Şeybânî dışında kalan büyük çoğunluk ise liân neticesinde ayrılan eşlerin birbirlerine ebediyen haram olduğu kanaatindedir.

6. Eşine Yaklaşmama Yemini (Îlâ)

Adlî boşama konusunda ele alacağımız son şekil, yine bir tür yemin olan *îlâdır.* Kök anlamı olarak, birbirinden uzaklaşmak ve yemin etmek demek olan *îlâ,* bir kimsenin dört ay veya daha fazla bir süre hanımına yaklaşmayacağına dair Allah adıyla yemin etmesi veya yaklaşmayı ağır bir ibadete bağlamasıdır.

"*Kadınlarına yaklaşmamaya yemin edenler dört ay beklerler. Eğer bu süre içinde yeminlerinden dönerlerse kuşkusuz Allah, her şeyi çok bağışlayan ve çok merhamet edendir. Eğer boşamayı kastederlerse kuşkusuz Allah, her şeyi çok iyi işiten, çok iyi bilendir.*"[168] âyeti, îlâ ile ilgili hükmü düzenlemektedir. Buna göre yeminden dönmek de, dönmeyip boşamak da mümkün olmaktadır.

Hanefîlere göre koca, bu süre içinde hanımıyla beraber olacak olursa yemin keffareti verir ya da îlâyı bir ibadete bağlamışsa onunla mükellef olur. Ama dönmez de süre sona ererse, kendiliğinden bir *bâin talâk* vuku bulmuş olur.

167 bk. en-Nûr 24/6-9.

168 el-Bakara, 2/226–227.

Diğer mezheplere göre ise sürenin bitimiyle talâk kendiliğinden meydana gelmez; koca ya hanımına dönmeli ya da onu boşamalıdır. Aksi halde kadın, mahkemeye müracaatla *tefrîk* talebinde bulunabilir. İşte bu son şekliyle îlâ da adlî boşama çeşitlerine dâhil olmaktadır. Îlâ uygulamasında gerek kocanın boşaması gerekse mahkemenin tefrîki, bir *ric'î talâk* hükmündedir.

D. Boşanmayla İlgili Bazı Özel Durumlar

Bu başlık altında; dinden çıkma ile boşama ilişkisi ve koca tarafından boşama yetkisinin hanımına verilmesi gibi özel bazı haller ele alınacaktır.

1. Dinden Çıkmanın (İrtidât) Nikâha Etkisi

İrtidât suçunun manevî sonuçları yanında dünyada uygulanacak hukukî hükümler açısından maddî sonuçları da vardır. Bu sonuçlardan birisi de nikâhla ilişkisinde kendisini gösterir.

Hanefî ve Mâlikîlere göre, karı-kocadan herhangi birisinin İslâm'dan çıkması, mahkeme kararına gerek kalmadan nikâhı sona erdirir. Bu sona eriş Hanefîlere göre *talâk* değil *fesih* sayılır, dolayısıyla talâk sayılarında bir eksilme olmaz. Diğer iki mezhep, yani Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri, feshin ne zaman gerçekleşeceği konusunda farklı düşünmektedirler. Onlara göre evlilik, irtidât ile başlayan iddet süresi sonunda ve mahkeme kararıyla feshedilmiş olur.

2. Boşama Yetkisinin Hanıma Verilmesi (Tefvîdu't-Talâk)

Koca, kendisine ait olan boşama haklarından birisini hanımına devredecek olursa bu işleme *tefvîdu't-talâk* denmektedir. İslâm hukukçuları, ilk planda kocaya ait olan boşamanın bu yolla hanıma da geçmesini onaylamış ve değişik şekillerine ait hükümleri tespit etmiştir.

Tefvîdu't-talâk daha çok, evliliğin herhangi bir döneminde koca tarafından, "Boşama işi senin kendi elindedir." veya "İstersen kendini boşayabilirsin." ya da "Sen muhayyersin." gibi ifadelerle hanımına tercih hakkı vermesi şeklinde cereyan etmektedir. Bunun yanında, nikâh akdi sırasında kadının kendi lehine bu hakkı şart koşması üzerine veya kocanın kendiliğinden devretmesi yoluyla da tefvîdu't-talâk gerçekleşebilmektedir.

Boşama yetkisinin hanıma verilmesi, kocanın boşamadaki hakkını düşürmez. Çünkü *tefvîd,* bir tür vekâlet vermek gibidir. Vekil gibi bizzat vekâlet veren de söz konusu işlemi yapabilir. Hanefîlere göre, boşama yetkisi verildikten sonra

geriye alınamaz. Eğer hanım kendisine verilen yetkiyi kullanarak boşanırsa, bu boşanma açık/sarih talâk lafızlarıyla olmuşsa *ric'î;* kinayeli lafızlarla olmuşsa *bâin* hükümlerine tâbidir.

3. Üç Boşama Hakkının Aynı Anda Kullanılması

Daha önce, sünnete uygun olup olmamasına göre boşama çeşitlerini ele aldığımız yerde de söylediğimiz gibi, bir temizlik içinde birden fazla yapılan boşamalar *bid'î*dir, yani sünnete uygun değildir. Sünnete aykırı olmakla birlikte aynı anda yapılan üç boşama acaba geçerli midir? Böyle bir uygulama eşleri birbirinden kesin surette ayırır mı?

Sahabe neslinden birçok ismin ve meşhur dört mezhebe bağlı hukukçuların oluşturduğu çoğunluk, sünnete aykırılığının bir talâkın geçerli olmasını engellemeyeceğini, dolayısıyla kaç defa boşama vaki olmuşsa, o kadar geçerli olacağını söylemişlerdir. Buna karşılık yine sahabe ve tâbiînden bazılarına, İbn Teymiyye (ö. 728/1327), İbn Kayyım el-Cevziyye (ö. 751/1350) ve Şevkânî (ö. 1250/1834) gibi âlimlerle günümüzün önde gelen bazı hukukçularına göre böyle bir boşama, hem Hz. Peygamber ve Hz. Ebû Bekr dönemindeki uygulamalara, hem de göz önüne alınması gereken maslahat/yarar-mefsedet/zarar dengelerine göre sadece bir boşama sayılır.

"*Resulullah ile Ebû Bekir döneminde ve Ömer'in yönetiminin ilk iki yılında üç boşama bir sayılıyordu. Ömer, 'Bu insanlar düşünüp taşınarak yapmaları gereken bir işi aceleye getirir oldular. Şunu onlara geçerli saysak.' dedi ve (aynı anda yapılan üç boşamayı üç boşama olarak) uyguladı.*"[169] meâlindeki hadis, ikinci grubun görüşüne destek vermektedir.

V. Evliliğin Sona Ermesinden Doğan Neticeler

Bir evlilik akdinin şu veya bu sebeple sona ermesi birtakım neticeler doğurur. Bu neticelerin bir kısmı eşleri, diğer bir kısmı da çocukları ilgilendirir. Burada kısaca *iddet* ile çocukların bakım ve terbiyesi demek olan *hadâne* üzerinde duracağız.

169 Müslim, "Talâk", 15, 17; Müsned, 1/314, 3/23; bkz. Ebû Dâvûd, "Edeb", 49; Tirmizî, "Birr", 65.

A. İddet Kavramı, Çeşitleri ve Hukukî Sonuçları

1. İddet Kavramı ve Varlık Sebebi

Sözlükte saymak, beklemek ve belirli bir sayı gibi anlamlara gelen *iddet* bir fıkıh terimi olarak şöyle tanımlanabilir: Kocası ölen, ya da karı-koca hayatı yaşadıktan sonra boşanan veya evliliği feshedilmiş olan bir kadının, başka birisiyle evlenebilmek için mutlaka beklemesi gereken süredir.

Tarifte geçen "karı-koca hayatı yaşadıktan sonra" kaydı, nikâh akdinden sonra cinsel ilişki veya sahih halvet denen baş başa kalma durumu olmadan meydana gelen boşamaları dışarıda bırakmaktadır. Böyle bir durumdaki kadın, herhangi bir iddet beklemez.[170]

İddetin gaye ve hikmeti öncelikle kadının hamile olup olmadığının anlaşılmasını sağlamaktır. Bunun yanında boşama eğer ric'î ise evlilik hayatına tekrar devam etmesi için kocaya belli bir süre düşünme fırsatı tanımak, eğer koca ölmüş ise hanımının ona olan hürmet ve vefasını göstermek için kadına belli bir süre fırsat vermek gibi noktalar da iddetin gaye ve hikmetleri arasındadır.

2. İddet Çeşitleri

Kadının durumuna ve taşıdığı bazı niteliklere göre iddet altı çeşide ayrılmaktadır:

a. Talâk veya fesih ile evliliği sona eren kadının iddeti

Boşanmış veya nikâhı feshedilmiş bir kadının beklemesi gerekli iddet, Kur'ân tarafından şöyle belirlenmiştir: "*Boşanan kadınlar üç kuru' beklerler.*"[171] Âyetteki "*kuru*" (tekili kar') lafzı, sözlük kökeni açısından hem hayız (regl), hem de tuhr (temizlik) anlamına gelmektedir. Hanefîler âyetin lafızları arasındaki ilişkiden hareketle bu ikisi arasından *hayız* anlamını tercih etmişlerdir. Buna göre eğer kadın hamile değil ve normal olarak hayız görüyorsa, üç hayız görme süresince iddet bekler ki bu da yaklaşık olarak üç ayı bulur.

b. Kocasının ölümü ile evliliği sona eren kadının iddeti

"*İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşler, dört ay on gün iddet beklerler.*"[172] âyeti, böyle bir durumdaki kadının iddetini belirlemektedir. Kocası ölmüş olan

---

170 el-Ahzâb 33/49.

171 el-Bakara 2/228.

172 el-Bakara 2/234.

bir kadın eğer hamile değilse dört ay on gün süre ile iddet bekler. Fakat hamile ise onun iddeti doğum yapıncaya kadardır. Hatta isterse doğum, kocasının ölümünden kısa bir müddet sonra olsun durum değişmez.

c. Hamile kadının iddeti

Boşandığı veya kocası öldüğü sırada hamile olan kadın, doğum yapıncaya kadar iddet bekler. *"Hamile kadınların iddetlerinin sonu, çocuklarını doğurmalarıdır."*[173] âyeti, iddetin doğum ile sona ereceğini göstermektedir.

d. Küçüklükten veya yaşlılıktan dolayı hayız görmeyen kadınların iddeti

Henüz ergenliğe ulaşmamış kızların evlendirilmeleri çok tasvip edilmemekle beraber bazı hukukçularca caiz görülmektedir. İşte böyle küçük olduğundan dolayı daha hayız görmeye başlamayanlarla, belli bir yaşa (sinn-i iyâs) ulaştıkları için artık hayız görmeyen kadınların gerektiğinde iddetleri şu âyet-i kerîme ile belirlenmiştir: *"Kadınlarınızdan artık ay halinden ümit kesmiş olanlarla, hiç ay hali görmeyenlerin iddeti, şüphe ederseniz bilin ki üç aydır."*[174]

f. Müslüman olmayan kadının iddeti

İddetin hikmet ve varlık sebebinde söylediğimiz hususlar kişilerin dinlerine göre değişmeyeceğinden, aksine konunun özünden kaynaklandığından, bu noktada din farkının bir rolü yoktur. Müslüman olmayan bir kadın da yukarıda sayılan türlerden hangisini bekleyecekse tıpkı bir müslüman kadın gibi iddet bekler.

B. Çocukların Bakımı ve Terbiyesi (Hadâne)

Evliliğin sona ermesinin bu evlilikten olma çocuklar üzerinde de birtakım sonuçları bulunmaktadır. Nesebinin sabit olması, emme döneminde ise emzirilmesi ve bakılıp büyütülmesi ile terbiye edilmesi, bu sonuçların başlıcalarını oluşturmaktadır. Bunlar içinde çocuğun bakım ve terbiyesi işi *hadâne* veya *hıdâne* terimleriyle ifade edilmiştir.

Çocuğun doğumdan itibaren beslenmesini, bakım ve temizliğini belli bir süreye kadar en iyi bir biçimde annesi yerine getireceğinden *hadâne hakkı* öncelikle anneye tanınmıştır.

---

173 et-Talâk 65/4.

174 et-Talâk 65/4.

Eğer anne bulunmaz veya yeterli hadâne niteliklerini taşımazsa bu hak sırayla anneanneye, babaanneye, öz kız kardeşe... geçer. Bunlardan sonra sıra babaya, dedeye, erkek kardeşe... gelir.

Çocuğun bakım ve terbiyesi sorumluluğu kendisine verilen kişinin akıllı, ergin, bu işi yapabilecek güçte ve çocuğu hayat, sağlık ve ahlâkî bakımdan korumada güvenilir olması gerekir.

Hem kadın hem erkekte aranan bu ortak nitelikler yanında sadece kadında ve sadece erkekte aranan başka şartlar da vardır. Erkeğin müslüman olması, bakacağı çocuk kız ise ona mahrem olması; kadının çocuğa yabancı yani mahrem olmayan biriyle evli olmaması bu tür özel şartlardandır.

Söz konusu ettiğimiz hadâne, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi demek olduğundan, bunun süresi çocuğun buna olan ihtiyacı ile orantılıdır. Hukukçular bunun süresini, çocuğun kendi başına yemek yiyip giyinebileceği yaşa (istiğnâ yaşına) ulaşmak olarak belirlemişlerdir.

Buna göre erkek çocukta yedi-dokuz; kız çocukta dokuz-on bir yaşlar, hadâne süresinin sonu olarak belirlenmiştir. Mâlikîlere göre bu müddet, erkek çocukta ergenlik çağına, kız çocukta ise evlenmesine kadar uzamaktadır.

Süre sona erince çocuğun sorumluluğu, hukukçuların çoğunluğuna göre babaya intikal ederken; Şâfiî ve Hanbelîler kararın çocuk tarafından verileceğini, anne-babasından hangisini seçerse onun yanında kalacağını söylemişlerdir. Hz. Peygamber'in (s.a.), anne-babası boşanmış bir erkek çocuğu, onlardan hangisini seçeceği konusunda muhayyer bırakması[175] bu son görüşü teyit etmektedir.

Çocuğun nafaka denen zarurî giderleri dışında kalan bakım masrafları ve diğer ihtiyaçları, varsa öncelikle kendisinin malından karşılanır. Kendi malı yoksa masrafları karşılamak görevi de babaya intikal eder. Eğer baba da fakir ise sırasıyla diğer nafaka borçlusu akrabalar bununla yükümlü olurlar.

---

175 Ebû Dâvûd, "Talâk", 35; Tirmizî, "Ahkâm", 21; Nesâî, "Talâk", 52.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Abdülhamid, Muhammed Muhyiddin, *el-Ahvâlü'ş-şahsıyye fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1984.

Acar, H.İbrahim, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum 2000.

Akıntürk, Turgut, *Aile Hukuku Dersleri*, İstanbul 2002.

Aydın, Mehmet Akif, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985.

Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1971), *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, İstanbul 1976.

Cin, Halil, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara 1974.

________, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara 1976.

Çeker, Orhan, *İslâm Hukukunda Çocuk*, İstanbul 1990.

Dağcı, Şamil, *İslâm Aile Hukukunda Evlenme Engelleri*, Ankara 2003.

Dalgın, Nihat, *İslâm Hukukunda Boşanma Yetkisi*, Samsun 1999.

Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul 1995.

Ebû Zehra, Muhammed (ö. 1974), *el-Ahvâlü'ş-şahsıyye*, Kahire ts. (Dâru'l-Fikri'l-Arabî).

Erbay, Celâl, *İslâm Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, Bakü 1995.

________, *İslâm Hukukunda Küçüklerin Himayesi*, Bakü 1995.

Günay, H. Mehmet, *Evlenme Akdinde Batıl-Fasit Ayrımı*, İstanbul 2008.

Hallâf, Abdülvehhab (ö. 1956), *Ahkâmu'l-ahvâli'ş-şahsıyye fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, Kuveyt 1990.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İstanbul 1918; *Hukuk-ı Aile Kararnamesi: Aile Hukuku Kararnamesi*, (haz. O. Çeker), İstanbul 1985.

Kahveci, Nuri, *İslâm Hukuku Açısından Nişanlılık*, İstanbul 2007.

Kalîsî (Kuleysî), Ali Ahmed, *Ahkâmü'l-üsra fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, San'â 1993.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku* I, İstanbul 1982.

Kevserî, Muhammed Zâhid (ö. 1952), *el-İşfâk alâ ahkâmi't-talâk*, Kahire t.y. (Mektebetü'l-Külliyyâti'l-Ezheriyye).

Özcan, Ruhi (ö. 1986), *İslâm Hukukunda Karı-Koca Nafaka Mükellefiyeti* (Doktora Tezi, 1976), Atatürk Üniversitesi
Şa'bân, Zekiyyüddin, *el-Ahkâmu'ş-şer'iyye li'l-ahvâli'ş-şahsıyye*, Mısır 1964.
Şâkir, Ahmed Muhammed (ö. 1958), *Nizâmu't-talâk fi'l-İslâm*, Kahire 1389.
Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ahkâmu'l-üsra fî'l-İslâm*, Beyrut 1977.
Yaman, Ahmet, *İslâm Aile Hukuku*, İstanbul 2011.
________, "İslâm Hukukuna Özgü Bir Kurum: Süt Akrabalığı", *SÜİFD*, sy. 13 (2002), s.55–68.
Yıldırım, Mustafa, *İslâm Hukukunda Hıdâne*, Manisa 1990.
Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö. 1999), *Ahkâmu'z-zevâc ve'l-ahvâlü'l-müteferri'a anh*, Dımaşk 1953.
Zeydan, Abdulkerim, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e ve'l-beyti'l-müslim fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, I-XI, Beyrut 1994.

HÜKÜM TEORİSİ

GİRİŞ

Kitabın ilk ünitesinde açıklandığı üzere, ahkâm-ı şer'iyye yani dinî hükümler önce itikâdî, amelî ve ahlâkî olmak üzere üç genel kategoriye ayrılır. Bunlardan amelî olanlar, fıkıh ilminin konusunu oluşturur. Fıkıh da yine ilgili üniteden hatırlanacağı gibi, bireysel ve toplumsal hayata, bir başka ifadeyle ibadetlere ve muâmelâta ilişkin dinî-hukukî hükümler bilgisi olarak tanımlanır. Şu halde fıkıh ilmi çerçevesinde kullanıldığında "hüküm" terimi en yalın haliyle, kişinin/mükellefin yapması veya kaçınması gereken davranışlarına bağlanan dinî-hukukî değer yargısını ifade eder. Bu değer yargıları, Kanun Koyucu olan Allah ve Rasûlünün buyruğunun/hitabının birer sonucudur.

Bu giriş paragrafı, hükmün dört unsurunun olduğunu göstermektedir:

a. Hâkim (الحاكم): Hükmü veren merci yani Allah ve Rasûlü.

b. Mahkûm aleyh (المحكوم عليه): Hükmün muhatabı olan kişi yani mükellef.

c. Mahkûm fîh (المحكوم فيه): Hükmün konusu olan fiil veya işlem.

d. Hüküm (الحكم): Fiil veya işleme Hâkimin/Şâriin hitabıyla bağlanan hukukî değer yargısı ve bunlar arasında kurulan bağ.

Söz konusu değer yargıları, fıkıh usûlü ilminde *teklîfî hüküm* (الحكم التكليفي) olarak adlandırılmıştır. Bu adlandırmayla mükellefe, farz, vacip, mendup, mubah, mekruh, haram gibi farklı yaptırım düzeylerinde sorumluluk yüklendiği mesajı verilmiştir.

Teklîfî hükümler yanında mükellefin ibadetinin veya hukukî işleminin gerekliliği ve geçerliliğiyle veya varlık ya da yokluğu ilgili bazı hususlar da *vaz'î hüküm* (الحكم الوضعي) adıyla ikinci bir hüküm kategorisi olarak belirlenmiştir. Çok

kullanılmamakla beraber "bağıntılı hüküm" karşılığını verebileceğimiz vaz'î hüküm, Şâriin mükellefin fiiliyle bir başka durum arasında kurduğu bağı ifade eder. Bu bağ aşağıda açıklanacağı üzere *sebep*, *rükün*, *şart*, *mâni* terimleriyle kurulur.

Her iki çeşidiyle hükümlere riayet veya ihlalin meydana getirdiği *sıhhat*, *fesat* ve *butlan* gibi sonuçlar ile mükellefiyetin aslîliği, genelliği ve hafifletilmesiyle ilgili olan *azîmet* ve *ruhsat* gibi terimler de yine hüküm bahsinde ele alınır.

Teker teker somut fiil veya işlemlerin alacağı hükümler fıkıh ilmini ilgilendirir. Hükmün ne olduğu, kısımları, dereceleri, sonuçları, kaynağı ve konusundan oluşan hüküm teorisi ise fıkıh usûlü eserlerinde incelenir.

Hüküm teorisinin ayrıntılarından sarf-ı nazar edilerek burada sadece kısımları ele alınacak ve ilgili bazı terimler tanıtılacaktır.

I. Teklîfî Hükümler

Bunlar, Şâriin hitabının eseri/sonucu olan ve mükellefe bir fiilin yapılmasını veya terk edilmesini yükleyen ya da yapıp yapmama arasında onu serbest bırakan hükümlerdir. Teklîfî hükümleri Hanefîler farz, vacip, sünnet, mendup/müstehap, mubah, mekruh ve haram olarak yediye ayırırken diğer mezhepler vacip, mendup, mubah, mekruh ve haram şeklinde beşe ayırmışlardır. Daha kapsamlı olduğu ve bir anlamda diğerini de içerdiği için burada Hanefî taksimi yakın plana alınacak, aradaki yaklaşım farklarına kısaca işaret edilecektir:

A. Farz (الفرض): Şâri yani Allah Teâlâ veya Resûl-i Ekrem tarafından bağlayıcı bir tarzda mutlaka yapılması istenen ve bu isteği gösteren delilin sübût ve delâlet açısından kesin olduğu fiildir. Sübût kelimesi, delilin varlığını ve bize kadar ulaşmasını; delâlet kelimesi ise bu delilin anlamını ve kapsamını ifade eder. Dolayısıyla bir amelin farziyyeti, anlamında tereddüt ve ihtimal bulunmayan bir âyet veya mütevâtir ya da meşhur hadis ile sabit olur.

Kesin ve bağlayıcı bir emre dayandığı için farzın mutlaka yapılması gerekir. Yapan sevap alır ve Yüce Allah'ın hoşnutluğunu/rızasını kazanır. Dinen geçerli bir mazerete dayanmaksızın terk eden kimse ise günaha girer ve cezayı hak eder. Farz olan unsurları terk edilen bir fiil geçerli sayılmaz. Farzı inkâr eden kişi dinden çıkmış sayılır.

Farzlar, *farz-ı ayn* (الفرض العيني) ve *farz-ı kifâye* (الفرض الكفائي) olarak ikiye ayrılır. Birey olarak herkesin yerine getirmekle bizzat sorumlu olduğu fiillere *aynî farz* denir. Aynî farzlarda hem fiilin kendisi hem de onu yapacak olan kişi aynı

derecede önemlidir. Onun için mükellef olan her kişi bu fiilleri yerine getirmekten şahsen sorumludur. Başkasının yapması onun sorumluluğunu kaldırmaz. Farz namazlar, ramazan orucu, zekât, hac, doğru sözlü olmak, genel seferberlik halinde sağlıklı erkeklerin orduya katılması böyledir.

Bireyin değil toplumun sorumlu olduğu, o toplumdan bazılarının yerine getirmesiyle diğerlerinden sorumluluğun kalktığı farz yükümlülüklere ise *kifâî farz* denir. Kifâî olanlarda kişi değil, fiil daha önemlidir. Allah Teâlâ o fiilin bazı kişilerce yerine getirilmesini kâfi görmüştür. Bununla birlikte o toplumdakilerden hiçbirisi yapmazsa toplumun tamamı günahkâr olur. Bu sebeple bunlara "toplumsal farz" denebilir. Müslüman bir kimsenin cenaze namazını kılmak, defnini gerçekleştirmek, ezan okuyarak namaz vaktinin girdiğini bildirmek, fetva ve yargılama görevlerini üstlenmek, Kur'ân'ı ezberlemek ve genel seferberlik hali dışında dârulislâmın savunulmasında görev almak bu türün örneklerindendir.

B. Vacip (الواجب): Şâri tarafından bağlayıcı bir tarzda yapılması istenen fakat bu isteği gösteren delilin sübût veya delâlet açısından zannî olduğu fiildir. Önceki ünitelerden hatırlanacağı üzere, sübûtta zannîlik, delilin intikalinde; delâlette zannîlik ise o delilin anlamında kesinliğin olmaması demektir. Buna göre, bir amelin vücûbiyeti, ne anlama geldiğinde (delâletinde) tereddüt ve ihtimal bulunan bir âyet, mütevâtir veya meşhur hadis ile ya da anlamı açık da olsa bir haber-i vâhid ile sabit olur.

Bu tanımlamaya istinaden Hanefîler, emreden delil sübût açısından zannî olduğu için mesela fıtır sadakası, vitir ve bayram namazları ile namazda Fâtiha sûresini okumayı vacip saymışlardır. Yine mesela Kur'ân-ı Kerîm'de geçtiği halde ilgili âyetlerin delâletinde zannîlik olduğu için kurban kesmeyi, Safa ile Merve arasında sa'y etmeyi, hac ibadeti sırasında Müzdelife'de vakfe yapmayı ve tilâvet secdelerini vacip kabul etmişlerdir.

Farz kadar bağlayıcı olmamakla birlikte vacibi de yerine getirmek gereklidir. Bu sebeple Hanefîler ona "amelî farz" demişlerdir. Terk eden kişi, farzın terki kadar olmasa da günaha girer. Vacibin terk edildiği bir ibadet veya fiil, bütünüyle yok hükmünde değil, telâfi edilebilir bir eksiklik içinde değerlendirilir. Vacibin bile bile inkârı küfrü gerektirmese de dalâlet sayılır.

Diğer mezhepler, delildeki zannîliği dikkate almayarak farz ile vacip arasında bir ayırım yapmamışlar ve vacip terimini farzı da içerecek tarzda kullanmışlardır.

C. Sünnet (السنة): Hz. Peygamber'in (s.a.) farz ve vacip dışında yaptığı ve müslümanlara da yapmalarını tavsiye ettiği amellerdir. Böyle davranışlar, fıkıh ilminde genel olarak *sünnet, mesnûn, mendup, müstehap, nafile, tatavvu, fazilet* ve *âdap* gibi kelimelerle anılır. Bununla birlikte bazı Hanefîler, Hz. Peygamber'in yapma sıklığına ve tavsiyedeki vurgusuna göre bu terimler arasında kuvvetliden zayıfa doğru sünnet-müstehap-adâb şeklinde bir önem sıralaması olduğunu söylemişler, mendup terimini de bu sıralamadaki müstehap ile aynı anlamda kullanmışlardır.

Diğer mezheplerde ise mendup, sünneti de içeren bir üst terim olarak kullanılmış ve Şâriin kesin ve bağlayıcı olmayan bir üslûpla yapılmasını istediği fiildir diye tanımlanmıştır. Mendubu, yapılması teşvik edilip terk edilmesi ceza gerektirmeyen fiil olarak tanımlamak da mümkündür. Dolayısıyla mendup, yapılması terk edilmesinden evlâ olan ameldir.

Sünnet kendi içinde ikiye ayrılır:

1. Sünnet-i müekkede (السنة المؤكدة): Kuvvetli sünnet anlamına gelen bu tabir, Hz. Peygamber'in sık yaptığı, farz veya vacip olmadığını göstermek üzere nadiren terk ettiği fiilleri ifade eder. Bazı âlimler *sünnet-i hüdâ* terimiyle özellikle bu türü kastederler. Sabah namazının sünneti, öğle namazının sünnetleri, namazı cemaatle kılmak, abdestte mazmaza yapmak, karşılaşılan insanlara selam vermek, ramazanda i'tikâfa girmek, güzel koku kullanmak, tahiyyattan sonra dua etmek, tavafa başlarken ve her şavtın sonunda Hacer-i esvedi istilâm etmek gibi. Farz ve vacipleri tamamladığı ve bir anlamda onları koruduğu için bu tür sünnetleri yapan sevaba girerken, terk eden kimse cezalandırılmasa da kınanır ve azarlanır. Mutlak yani herhangi bir kayda bağlı olmaksızın kullanılan "sünnet" terimiyle bu içerik kastedilir.

2. Sünnet-i gayri müekkede (السنة غير المؤكدة): Önceki kadar kuvvetli olmayan sünnet anlamına gelen bu tabir, Hz. Peygamber'in bazen yapıp bazen terk ettiği fiilleri ifade eder. İkindi namazının farzından önce kılınan namaz, pazartesi ve perşembe günleri tutulan oruçlar, nafile sadakalar, abdesti varken tekrar abdest almak, orucu hurma ile açmak gibi. Yukarıda belirtildiği gibi bazı Hanefî âlimler bu tür sünnetlere *mendup, müstehap* veya *nafile* adını vermişlerdir. Sünnet-i gayri müekkedeyi yapan kimse sevaba girer, terk eden ise kınanmaz ve azarlanmaz.

D. Mendup/Müstehap (المندوب/المستحب): İbadetlerin en kâmil düzeyde edası için tavsiye edilen güzel ve sevimli davranış demektir. Az önce geçtiği üzere özellikle Hz. Peygamber'in bazı uygulama ve önerilerine dayanan bu gruba sahabe, tâbiûn ve sonraki âlimlerin güzel buldukları ameller de dâhildir. Sabah namazını ortalık biraz aydınlanınca (isfâr), öğle namazını yaz mevsiminde hava biraz serinleyince (ibrâd), akşam namazını hemen güneş batar batmaz kılmak, cuma hutbesini kısa, namazını uzun tutmak, abdestte uzuvları sırasıyla ve ovarak yıkamak, zekâtta yakın akrabayı öncelemek gibi.

Müstehapları yapmak sevap kazandırırken, terk etmek herhangi bir sorumluluk doğurmaz. Mendup terimine cumhurun verdiği anlamın, yukarıda geçtiği üzere farklı olduğunu bir kere daha hatırlatalım.

E. Mubah (المباح): Mükelleflerin yapıp yapmama arasında serbest bırakıldığı fiillerdir. Aynı anlamı ifade etmek üzere bazen *helâl* ve *câiz* kelimeleri de kullanılır. (Helâl ve caiz terimleri bazen daha geniş bir açılımla haramın zıddı anlamına gelir.) Serinlemek amacıyla gusletmek, cami içinde herhangi bir yerde namaz kılmak, balık tutmak, meyve yemek, camide uzanıp yatmak, seyahat etmek gibi. Mubahın yapılmasında sevap olmadığı gibi terkinde de günah ve sorumluluk yoktur.

F. Mekruh (المكروه): Hanefîler dışında âlimlerin çoğunluğu (cumhur), Şâriin kesin ve bağlayıcı olmayan bir üslûpla terk edilmesini istediği fiillere mekruh demiştir. Hanefîler ise tıpkı farz ile vacip ayırımında olduğu gibi terke dair delilin niteliğine göre bir ayırım yapmışlar ve şu şekilde ikili bir mekruh anlayışı geliştirmişlerdir:

1. Tahrîmen mekruh (المكروه تحريما): Bağlayıcı bir tarzda terk edilmesi istenen fakat bu isteği gösteren delilin sübût veya delâlet açısından zannî olduğu fiildir. Yukarıda geçtiği üzere, sübûtta zannîlik, delilin intikalinde, delâlette zannîlik ise anlamında kesinliğin olmaması demektir. Buna göre, bir amelin tahrîmen mekruhluğu, ne anlama geldiğinde (delâletinde) tereddüt ve ihtimal bulunan bir âyet, mütevâtir veya meşhur hadis ile ya da anlamı açık da olsa bir haber-i vâhid ile sabit olur.

İşte böyle mekruhlara, harama yakın/haram hükmünde anlamına gelmek üzere *tahrîmen mekruh* denmiş ve inkâr edilmelerine bağlanan hüküm dışında aynen haram gibi değerlendirilecekleri beyan edilmiştir. Haramdan kaçınılması gerektiği gibi tahrîmen mekruhtan da uzak durulması gerekir. Yapan kişi kınanır

ve haramı işleyen kadar olmasa da günaha girer. İçinde bu tür bir mekruhun bulunduğu bir ibadet ağır kusuruyla ve uhrevî sorumluluğuyla birlikte geçerli sayılır. Tahrîmen mekruhun bile bile inkârı küfrü gerektirmese de dalâlet sayılır.

Zekâtı, malın en değersizinden ya da bozulmaya yüz tutmuşundan vermek, ödeme vakti geldiği halde zekâtı bilerek geciktirmek, cinsel dürtülere karşı kendisinden emin olamayan oruçlunun eşiyle yakınlaşması (fâhiş mübâşeret), farz ve vacip tavafları yedi şavta tamamlamamak, abdesti çok sıkışıkken namaz kılmak, başkasının dünürcü olduğu kadına evlenme teklifinde bulunmak bu tür mekruhlardandır.

Diğer mezhepler, delildeki zannîliği dikkate almayarak haram ile tahrîmen mekruh arasında bir ayırım yapmamışlardır.

2. Tenzîhen mekruh (المكروه تنزيها): Helale yakın/helal hükmünde anlamına gelen bu mekruh türü ile kesin ve bağlayıcı olmayan yasaklar kastedilir. Amellerin en yaraşır tarzda edasına bir diğer deyimle âdâbına bir şekilde uygun düşmeyen ve terk edilmesi yapılmasından evlâ olan fiiller bu terimle nitelendirilmiştir. Hanefîler dışındaki diğer mezheplerin mekruh terimine verdikleri anlam da budur. Ağzı soğan-sarımsak kokan kimsenin camiye gitmesi, kişinin sanki orayı kendisine tahsis etmiş gibi camide hep aynı yerde namaz kılması, oruçlu iken öğleden sonra misvak kullanılması, iftarı geciktirmek, sahura kalkmamak, zekât verirken hak sahiplerini yeterince araştırmamak, yakın akraba varken yabancıya zekât vermek, kurbanı kıbleye doğru kesmemek bu türden mekruhlara örnektir.

Tenzîhen mekruh herhangi bir cezayı ve kınamayı gerektirmez. Bunu işleyen kimse daha yaraşır ve faziletli olan şekle aykırı davranmış olur. Terk eden kimse de övgüyü hak eder.

G. Haram (الحرام): Şâri yani Allah Teâlâ veya Resûl-i Ekrem tarafından bağlayıcı bir tarzda mutlaka terk edilmesi istenen ve bu isteği gösteren delilin sübût ve delâlet açısından kesin olduğu fiildir. Dolayısıyla bir amelin haramlılığı (hurmeti), anlamında tereddüt ve ihtimal bulunmayan bir âyet veya mütevâtir ya da meşhur hadis ile sabit olur. Dinen geçerli sayılabilecek bir mazerete dayanmaksızın orucu bozmak, namazda gülmek, fıtır sadakasını zamanında vermemek, âdetli eşle cinsel ilişkide bulunmak, gıybet etmek, içki içmek gibi.

Kesin ve bağlayıcı bir nehye dayandığı için haramdan mutlaka kaçınılması gerekir. Kaçınıp terk eden sevap alır ve Yüce Allah'ın hoşnutluğunu/rızasını kazanır. Zaruret ve ikrah gibi dinen geçerli bir mazerete dayanmaksızın haramı

işleyen kimse ise günaha girer ve cezayı hak eder. Haramı inkâr eden kişi dinden çıkmış sayılır. Görüleceği üzere haram, her bakımdan farzın tam zıddıdır.

Haramlar doğrudan (li aynihî) ve dolaylı (li ğayrihî) olmak üzere ikiye ayrılır. Şöyle ki:

1. Haram li aynihî (الحرام لعينه): Doğrudan yani bizzat kendi özündeki bir zarar veya mefsedet/kötülük sebebiyle aslen haram olan fiillerdir. *Haram li zâtihî* de denir. Zina, yalan, domuz eti satmak, içki içmek, cünüp olduğunu bilerek namaz kıldırmak, sütkardeşi ile evlenmek gibi. Bu tür haramlar, özleri bakımından gayrı meşru oldukları için yapılan amel bâtıldır yani herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz. Mesela zina sonucu doğan çocuğun nesebi sabit olmaz; yalan olduğu açığa çıkan beyana hüküm bina edilmez, domuz eti satımı mülkiyet değişimini sağlamaz, cünüp olduğunu bildiği halde kıldırılan namaz sahih olmaz.

2. Haram li ğayrihî (الحرام لغيره): Kendi özündeki bir zarar veya mefsedet sebebiyle değil, dışarıdan ârız olan başka bir neden dolayısıyla haram olan fiillerdir. *Haram li ğayri zâtihî* de denir. Çalıntı elbiseyle namaz kılmak, kendisine cuma namazı farz olan bir kimsenin o vakitte alış-veriş yapması, bayram gününde oruç tutmak, faiz içeren bir alışveriş yapmak gibi. Bu tür fiiller mesela çalıntı elbiseyle namaz kılmak örneğindeki namaz, bayram gününde oruç tutmak örneğindeki oruç, kendi özleri itibariyle kötü değildir. Aksine en önemli ibadetlerden ikisidir. Fakat çalıntı elbiseyle olması namazı, bayram gününde olması orucu haram hale getirmiş; bunlar kendileri dışında başka sebeplerle kötü sayılmışlardır. Aynı şekilde faiz içeren alışveriş örneğindeki alışveriş, özü bakımından meşru olduğu halde dışarıdan faiz bulaştığı için haram hükmünü almıştır.

Bu tür haram fiiller, özleri bakımından kötü sayılmadıkları için Hanefîlerce aslı itibariyle meşru/geçerli kabul edilirken, vasfı/niteliği itibariyle kötü ve gayrı meşru görülmüştür. Buna göre çalıntı elbiseyle kılınan namaz ve bayram günü tutulan oruç kötü olmakla birlikte geçerli sayılmıştır. Diğer birçok mezhep ise böyle haramların, tıpkı haram li aynihî gibi sonuç doğuracağını söylemiştir.

II. Vaz'î Hükümler

Bunlar, mükellefin ibadetinin veya hukukî işleminin gerekliliği ve geçerliliğiyle veya varlık ya da yokluğuyla ilgili hükümlerdir. Yukarıda değinildiği üzere vaz'î hüküm, Şâriin mükellefin fiiliyle bir başka durum arasında kurduğu bağı ifade eder. Mesela Şâri namaz ile kıraat, namaz ile vakit, cinsel ilişki ile nikâh, zekât ile malın üzerinden bir sene geçmesi, mirasçılık ile din birliği, oruç ile hayız

arasında gereklilik ve geçerlilik ilişkisi kurmuştur. Buna göre namazın farz olması için vaktin girmesi; geçerli olması için kıraat gerekir; cinsel ilişkinin helâlliği nikâha bağlıdır; malın üzerinden bir yıl geçmedikçe zekât farz olmaz, mirasçılık için din birliği gerekir; hayız oruç tutmaya engeldir.

İşte mükellefin fiili ile başka bir şey arasındaki bu bağ *sebep, rükün, şart, mâni* terimleriyle kurulur ki, bunlara vaz'î hüküm denir. Buna göre:

A. Sebep (السبب): Varlığı ibadetin veya hukukî işlemin varlığına alamet olan; yokluğu da bunların söz konusu olmadığına delalet eden duruma *sebep* denmektedir. Mesela fecr-i sâdık, sabah namazının ve imsâkin, ramazan hilalinin görülmesi orucun, nisap zekâtın, zilhiccenin 10. günü kurbanın, geçerli yemin lafızları yeminin, bitişik komşu olmak şuf'anın (ön alım hakkının), talâk lafızlarını kullanmak evliliğin sona ermesinin sebebidir. Bunların varlığı, ilgili oldukları ibadetin ve hükmün de varlığına gösterge teşkil eder.

B. Rükün (الركن): İbadet veya hukukî işlem tarzındaki fiilin var olması kendisinin varlığına bağlı olan ve o fiilin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden ana unsurların her birine rükün denir. Dolayısıyla rüknün yokluğu söz konusu fiili de yok hükmüne sokar ve onu geçersiz (bâtıl) kılar. İbadetlerle ilgili farzlar (cumhura göre vacipler) bu çerçevede düşünülebilir. Mesela başın mesh edilmediği bir abdest, abdest olarak sayılmaz; secdelerden biri eksik olan namaz, namaz değildir; Arafat vakfesi yapılmayan bir hac, geçerli değildir; kurbanlık hayvanın bedelini tasadduk etmekle kurban ibadeti yapılmış olmaz. Keza muâmelâtın ana unsurları birer rükündür. Mesela icap-kabul nikâh akdinin rüknüdür, bunlardan birisinin eksikliği halinde nikâh kıyılmış olmaz.

C. Şart (الشرط): Bir ibadetin veya hukukî işlemin var olması kendisinin varlığına bağlı olmakla birlikte o fiilin yapısından bir parça teşkil etmeyen unsurların her birine şart denir. Mesela abdest namazın, nisâbın üzerinden bir yıl geçmiş olması zekâtın, suyun renk, koku ve tadından birisinin bozulmamış olması onun temiz sayılmasının, cemaatin belli bir sayıya ulaşmış olması cuma namazının, ihram haccın, kasıt ve düşmanlık kısasın, din birliği mirasın şartıdır. Şartı yerine getirilmemiş bir ibadet veya işlem tıpkı rüknün eksikliğinde olduğu gibi geçersiz sayılır. Şartın rükünden farkı, fiilin yapısından bir parça olmaması ve tek başına varlığının da fiili gerekli hale getirmemesidir. Mesela tek başına abdestin varlığı namaz kılmayı, mal varlığının üzerinden bir yıl geçmiş olması zekât vermeyi, yüz kişinin bulunması cuma namazı kılmayı, din birliği mirasçılığı, düşmanlık kısası gerektirmez. Bunlar için gerekli olan başka unsur ve şartların da tahakkuku aranır.

D. Mâni (المانع): Varlığı ibadet ya da işlemin gerçekleşmesine engel olan durumdur. Başka bir tanımlamayla, varlığı sebebe hüküm bağlanmasını veya sebebin gerçekleşmesini engelleyen duruma mâni denir. Mesela süt akrabalığı evlenmeye, din ayrılığı mirasçılığa, hayız-nifas namaz ve oruca, nisabı aşan borç zekâtın farz olmasına mânidir.

III. Diğer Hükümler

Genel olarak teklîfî ve vaz'î şeklinde ikiye ayrılan hükümler yanında, değişik yorumlarla her iki gruba da dâhil edilebilirse de ayrıca ele alınmasının yerinde olacağı başka bazı hükümler de bulunmaktadır. Bu noktada iki hüküm çeşidinden bahsedilebilir:

A. Geçerlilikle İlgili Hükümler

Bunlar, yapılan ibadetin veya işlemin dünyevî geçerliliği yani fıkıh ilminin somut ve zâhirî ilkelerine uygunluğuna göre geçerli olup olmadığı açısından o fiili niteler. Bu hükümler, fıkıh ilminde kapsamlı bir anlam yelpazesine sahip olmakla birlikte burada ana hatlarıyla tanıtılacaktır:

1. Sıhhat (الصحة): Hükme konu olan fiilin rükün ve şartlarının tam olarak bulunduğu duruma verilen hükümdür. Buna göre rükünlerine ve şartlarına riayet edilerek eda edilen ibadet veya tesis edilen hukukî işleme sahih denir. Bu fiilin eda, iâde veya kaza şeklinde olmasında bir fark yoktur. Sıhhatte önemli olan, gerekli unsur ve şartların eksiksiz yerine getirilmesidir. Buna göre ihram yasaklarına riayet edip gerekli rükün ve şartları eksiksiz eda edilen hac, tahiyyât okumadan kılınmışken vakti içinde kâmilen iâde edilen namaz, hastalık sebebiyle tutulamadığı için sonradan usûlünce kaza edilen oruç, rızaya bağlı icap ve kabul ile gerçekleşen konut satışı, boşama ehliyeti bulunan kocanın talâk lafızlarıyla eşini boşaması, farklı para birimlerinin peşin değişimi, sahih birer fiil sayılır.

2. Fesat ve Butlan (الفساد والبطلان): Rükün veya şartlarında eksiklik bulunan veya bir yasağın çiğnendiği ibadet veya işlemler için kullanılan geçersizlik nitelemeleridir. Bu iki hükmün ayrıntısını kitabın "Akit Teorisi" başlıklı onuncu ünitesine bırakarak burada kısaca şunu belirtelim: Hanefîler dışındaki diğer mezhepler, eksikliğin rükün veya şartlarda olması arasında bir fark görmeyerek söz konusu iki hüküm terimini birbirinin yerini tutacak biçimde aynı anlamda kullanmışlar ve bunlara, mutlak geçersizlik ve hükümsüzlük sonucunu bağlamışlardır. Yani fesat ve butlan, eksikliği nerede olursa olsun bir fiilin geçersiz olduğunu ve hiçbir hukukî netice doğurmayacağını ifade eder. Mesela vakit

girmeden kılınan namaz, faizli alışveriş, içki satışı, delinin veya mümeyyiz olmayan çocuğun satış sözleşmesi, şahitsiz nikâh, fâsittir ve bâtıldır. Yani tamamıyla yok hükmündedir ve hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.

Hanefîlere gelince onlar, eksiklik ister rükünlerde ister şartlarda olsun ibadet alanında tıpkı yukarıda olduğu gibi bu iki hüküm terimini aynı anlamda ve mutlak yokluk karşılığında kullanmışlardır. Mesela şart olan setr-i avret olmaksızın kılınan namaz fâsittir, bâtıldır. Keza rükün olan secde ve kıyâm yapmaksızın kılınan namaz da fâsittir, bâtıldır. Fakat muâmelât denen hukukî işlemlerde bu iki terimi farklı düzeyde eksiklik ve yokluk hükmü doğuracak ölçüde birbirinden ayırmışlardır. Buna göre rükünlerinden yani ana unsurlarından birisi eksik olarak yapılan hukukî işlem bâtıl sayılır. Bâtıl terimi o işlemin bütünüyle geçersizliğini ve sanki hiç yapılmamış gibi mutlak yokluğunu ifade eder. Mesela icap ve kabulü olmayan bir satım akdi, birinci derece yakınlarla yapılan nikâh akdi, konusu domuz olan satım akdi bâtıldır; çünkü bu işlemlerin rükünlerinde eksiklik bulunmaktadır.

Buna karşılık tamamlayıcı şartlardan birisi eksik olarak yapılan işlem fâsit sayılır. Fâsit işlem bütünüyle geçersiz değildir. Eksikliğin giderilmesi halinde işlem geçerlilik kazanır ve hukukî sonuçlarını doğurur. Mesela riba içeren bir satım akdi fâsittir; fesâdın sebebi olan ribadan vazgeçildiğinde akit sahih hale gelir. Şahitsiz yapılan evlenme işlemi fâsittir; şahit eksiği giderildiğinde nikâh sahih hale gelir. Hanefîler bu durumu "Aslen meşru vasfen gayrı meşru" veya "Aslen sahih vasfen gayrı sahih" cümleleriyle ifade ederler.

B. Yükümlülüğün İlk Haliyle ve Sonradan Hafifletilmesiyle İlgili Hükümler

Bu ünitede son olarak, yükümlülüğün aslî haliyle belirlenip ardından kabul edilebilir gerekçelere bağlı olarak hafifletilmesi bakımından özel terimlerle anılan hüküm çeşitleri ele alınacaktır.

İslâm dininin önemli göstergelerinden biri olan 'kolaylaştırma' ilkesinin hukuk alanında da yansımaları vardır. Geçerli bazı gerekçelere bağlı olarak hukukî hükümlerde zaman zaman yükümlülüğün hafifletilmesi söz konusu olabilir. Normal durumlarda ve herkes için geçerli olan hükümler olağan dışı bazı gelişmeler olduğunda o gelişmeye maruz kalanlar açısından hafifletilebilir. Nitekim "*... O sizi seçti ve dinde size bir zorluk yüklemedi. Öyleyse haydi namaz kılın, zekâtı verin ve Allah'a gönülden bağlanın. Sizin dostunuz odur. Ve o ne*

güzel dost, ne güzel yardım edicidir."[176] buyuran Yüce Allah mesela ramazan orucuyla ilgili olarak "*... İçinizden kim bu aya ulaşırsa, onu oruçla geçirsin. Kim de hasta veya yolcu olursa, tutamadığı günler sayısınca başka günlerde tutsun. Allah, size kolaylık diler, zorluk dilemez."*[177] âyetiyle de bu kolaylaştırmanın somut bir örneğini vermiştir. İşte hükümlerde ve ibadetlerde aslî hüküm ile kolaylaştırılıp hafifletilen hüküm konusu fıkıh dilinde şu iki terimle açıklanır:

1. Azîmet (العزيمة): Bir işe kesin olarak yönelmek, azmetmek ve niyetlenmek gibi kök anlamları bulunan azîmet terimi, sıkıntı, zorluk, zaruret ve baskın ihtiyaç gibi sonradan çıkabilecek sebeplere bağlı olmaksızın baştan konmuş ve her mükellef için aynı şekilde geçerli olan aslî hüküm anlamına gelmektedir. Azîmet sadece farz, vacip veya haram ile ilgili bir terim değildir. Farz, vacip, mendup, sünnet, müstehab, mubah, mekruh veya haram hangisi olursa olsun ilkten/baştan konan aslî hükümlerin hepsi azîmet sayılır. Mesela öğle namazının farzının dört, son sünnetinin iki rekât olması, ramazan orucunun farz, şevvâl orucunun mendup/sünnet olması, av etinin mubah olması, yemek hazırken vakit daralmamışsa namaza durmanın mekruh olması, alkollü içki içmenin haram olması birer azîmet hükmüdür.

Olağan durumlarda azîmet hükümleriyle her bir mükellef doğrudan sorumludur. Öngörülen ilk şekliyle ifa edilmemeleri, hem o fiilin dinî-hukukî sonucunun doğmamasına hem de günaha sebep olur. Azîmetler ancak dinen geçerli sayılan bazı gerekçelere bağlı olarak terk edilebilir veya esnetilebilirler.

2. Ruhsat (الرخصة): İzin, kolaylık, hisse gibi sözlük anlamları bulunan ruhsat, dinî literatürde azîmetin karşıtı olarak kullanılmaktadır. Buna göre sıkıntı, zorluk, zaruret ve baskın ihtiyaç gibi sonradan çıkabilecek sebeplere bağlı olarak ikinci adımda konan hafifletilmiş geçici hükme ruhsat denir. Ruhsat, ya azîmetin bütünüyle terki, ya da onun hafifletilmiş bir biçimde ifası şeklinde varlık kazanır ve sadece söz konusu gerekçelere sahip olan kişilerle sınırlı olur.

Mesela hastalık sebebiyle ramazan orucunun kazaya bırakılması, yaşlılık sebebiyle oruç tutamayanların fidye vermesi, açlık yüzünden ölüm tehlikesiyle yüz yüze gelen kimsenin domuz eti yemesi, ölüm tehdidi altında kalan kimsenin imanını gizleyip sanki kâfirmiş gibi davranması azîmetin bütünüyle terk edildiği ruhsatların örneğidir. Ayakta duramayan kişinin oturarak namaz kılması,

176 el-Hac 22/78.
177 el-Bakara 2/185.

sefer gerekçesiyle öğle namazının farzının iki rekât olarak eda edilmesi, akşam ile yatsı namazlarının birleştirilerek (cem) kılınması, hacca gidemeyecek olan mükellefin yerine vekâletle hac yapılması, şeytan taşlamaya gidemeyecek olanın yerine vekâletle taşlanması, su bulunmadığında teyemmüm yapılması ise azîmetin yani aslî hükmün hafifletilmiş bir biçimde ifası şeklinde tezahür eden ruhsat örnekleridir.

"*Allah azîmetleriyle amel edilmesinden hoşlandığı gibi ruhsatlarıyla amel edilmesinden de hoşlanır*"[178] hadisinden de anlaşılacağı üzere, ruhsatlar da azîmetler kadar değerli ve meşru birer dinî hükümdür.

178 Müslim, "Sıyâm", 93, 105; Müsned, II, 108; bk. II, 71; IV, 158.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Ak, Ayhan, "İbn Hazm'ın Teklîfî Hüküm Anlayışı", *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi [www.dinbilimleri.com]*, 2012, cilt: XII, sayı: 2, ss. 23-44

Ali Haydar (Büyük) (ö.1903), *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, İstanbul, t.y.

Apaydın, H. Yunus, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü* (doktora tezi, 1989), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

________, "Kurtubalı Zâhirî Fakih İbn Hazm'ın Şer'î Hükümleri Tasnifi: Merâtibu'ş-Şerîa", *İSTEM: İslâm San'at, Tarih, Edebiyat ve Mûsikîsi Dergisi*, 2009, cilt: VII, sayı: 14, ss. 107-119

Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 1998.

Beyânûnî, M. Ebü'l-Feth, *el-Hükmü't-teklîfî fiş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dımaşk 1988.

Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi: Azimet Ruhsat İlişkisi*, İstanbul 2013.

DİA; Butlân, Fesad, Haram, Hüküm, Mâni, Mekruh, Mendup, Mubah, Ruhsat, Rükün, Sebep, Sıhhat, Sünnet, Şart, Vacip maddeleri

Dilek, Uğur Bekir, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Teklîfî Hüküm Terimleri,* (doktora tezi, 2010), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ebû Zehra, Muhammed (ö.1974), *Usûlü'l-fıkh*, Kahire, t.y. (Dâru'l-Fikri'l-Arabî); Türkçe yayımı: *İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*, (çev: A. Şener), Ankara 2005.

Gazzâlî (ö. 505/1111), *el-Mustasfâ*, Beyrut 1993; Türkçe yayımı: *Mustasfa: İslâm Hukuk Metodolojisi* (çev.Y.Apaydın), İstanbul 2006.

Günay, H. Mehmet, *Evlenme Akdinde Bâtıl- Fâsit Ayrımı*, İstanbul 2008.

Hallâf, Abdülvahhab (ö. 1956), *İlmu usûli'l-fıkh*, Kuveyt 1968; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuk Felsefesi* (çev. H. Atay), Ankara 1973, 1985.

Humeyrî, Saîd Ali M, *el-Hukmü'l-vad'î inde'l-usûliyyîn*, Mekke 1984.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku II*, İstanbul 2001.

Medkûr, M. Sellâm, *Mebâhisü'l-hukm inde'l-usûliyyîn*, Kahire 1959.

________, *Nazariyyetü'l-ibâha inde'l-usûliyyîn ve'l-fukaha*, Kahire 1984.

Şa'bân, Zekiyyüddin, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1983; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuk İlminin Esasları: Usûlü'l-Fıkh*, (çev. İ. K. Dönmez), Ankara 1999.

Şâfiî (ö. 204/820), *er-Risâle* (nşr. A.M. Şakir), Kahire 1979; Türkçe yayımı: *er-Risale: İslâm Hukukunun Kaynakları* (çev. A. Şener-İ. Çalışkan), Ankara 1996.

Şâtıbî (ö. 790/1388), *el-Muvâfakât I*, Beyrut 1993; Türkçe yayımı: *el-Muvâfakât İslâmi İlimler Metodolojisi I* (çev. M. Erdoğan), İstanbul 1990.

Şevkânî (ö. 1250/1834), "İslâm Hukuk Metodolojisinde Hüküm Nazariyesi", (çev. F. Koca), *Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi* sy: 5 (2004), ss.145-161.

Şimşek, Murat, *İslâm Hukukunda Bağlayıcılık Bakımından Hz. Peygamber'in İctihad ve Tasarrufları*, Ankara 2010.

Zeydân, Abdülkerim, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkh*, Beyrut 1987; Türkçe yayımı: *Fıkıh Usûlü* (çev: R. Özcan), İstanbul 1993.

EHLİYET TEORİSİ

GİRİŞ

İnsanın dünya ve âhiret hayatını bütün halinde kuşatan ve değerlerine bağlı kalınması halinde ebedî mutluluğu vadeden dinin de, toplumsal hayat sürmenin zorunlu gereği olan karşılıklı ilişkiler ağını adalet idesi ekseninde tanzim eden ve bunun için bağlayıcı normlar koyan hukukun da muhatabı insandır. Zira dinî-hukukî sorumluluk, bilinçli söz söylemeye ve eylemlerde bulunabilmeye, diğer bir ifadeyle anlama/idrak ve tatbik/uygulama kabiliyetine bağlıdır. Evrende bu özelliklere sahip tek varlık insandır. Bundan dolayıdır ki Kur'ân-ı Kerim'de, yerin ve göğün taşımaktan çekindiği *"akıl ve idrake dayalı dinî-hukukî sorumluluğu (emânet)"* insanın üstlendiği ifade edilmiştir.[179] Hz. Peygamber'in (s.a.) hadislerinde de hayvan, kuyu, maden gibi insan dışı canlı ve cansız varlıklara sorumluluk yüklenmeyeceği[180] vurgulanmak suretiyle ancak insanın sorumluluk taşımaya elverişli olduğu belirtilmiştir. Bu zeminde şekillenen dinî literatürde, insanın bu konumunu ifade etmek üzere "mükellef: المكلف", yani sorumluluk üstlenen kişi ifadesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla dinin ve hukukun tanıdığı haklara sahip, söz ve eylemleri sebebiyle sorumluluk üstlenen yegâne varlık insandır. Bütün bunlar, dinî-hukukî sorumluluğun ifadesi olan ehliyete göre şekillenir.

Yaş, cinsiyet, etnik köken, din vb. gözetmeksizin bütün insanlar, dinin ve hukukun potansiyel muhataplarıdır. Bununla birlikte haklara sahip olma ve dinî-hukukî normlarla fiilen muhatap ve sorumlu tutulma, insan yaşamının gelişim seyrine ve çeşitli açılardan sahip olunan özelliklere göre farklılık göstermektedir. Bundan ötürü insan hayatı, şahıs varlığının başlangıcından sona ermesine kadar, anlama ve tatbik kudreti açılarından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

---

179 el-A'râf 7/172; el-İsrâ 17/13; el-Ahzâb 33/72

180 Buhârî, "Zekât", 66; Müslim, "Hudûd", 45-46

Ehliyet açısından insan hayatı hep aynı seyirde sürüp gitmez. Hukukî kişiliğin başlangıcından sona ermesine kadar geçen süreçte, bireyin iradesine bağlı olan ve olmayan çeşitli durumlarla karşılaşılması ve bunların ehliyete olumsuz tesirde bulunması her zaman için mümkün ve vâkidir. Ayrıca şahıs varlığı sona ermesine rağmen, tesis edilmiş bulunan hukukî hakların tahsili, dinî-hukukî borçların ifası gibi hususların, teorik açıklaması da önem arz etmektedir.

Ehliyet konusu, kişiliğin başlangıcı, hakların kazanılması, mükellefiyetin oluşması, zaman içerisinde daralması veya tamamen kalkması, söz ve eylemler sebebiyle haklar elde etme ve sorumluluk üstlenme gibi boyutlara sahiptir. Ehliyet, usûl-ı fıkıh açısından kişinin şer'î hükümle olan bağını, furû-ı fıkıh bakımından ise dinî ve hukukî hükmün doğmasının veya geçerliliğinin ön şartını ifade ettiğinden fıkhın her iki ilim dalını da yakından ilgilendirir. Fıkıh usûlü eserlerinde ehliyetle ilgili meseleler, şer'î hüküm ana başlığı altında ve *el-mahkûm aleyh (yükümlülük altına giren kişi: mükellef)* alt başlığında, furû-ı fıkıh kitaplarında ise her bir bölüm ve onun alt birimlerinde serpiştirilmiş şekilde ele alınmıştır.

I. Ehliyetin Tanımı ve Temel Kavramlar

A. Tanımı

Sözlük anlamı itibariyle "yetki, elverişlilik, liyakat, yeterlilik" gibi anlamlar taşıyan ehliyet, usûl-i fıkıh ve fıkıh terimi olarak en genel anlamıyla, kişinin, dinî-hukukî hükümlere muhatap olmaya elverişliliğini ifade eder. Öyle ki, bu sayede kişi, yapıp ettiklerinden dolayı sorumlu, bütün ibadetlerle yükümlü, ceza verilmesine ehil kabul edilir. Yine din ve hukuk nazarında muteber olacak şekilde sözlü ve fiilî tasarruflarda bulunması da ehliyet esasına dayanır.

Ehliyetin, birisi dinî-hukukî hitaba ehil olma, diğeri kişinin söz ve tasarruflarının onlardan beklenen sonuçları doğuracak şekilde hukuken geçerli biçimde gerçekleşmesi olmak üzere iki yönü bulunur. Bu iki hususiyetten hareketle *ehliyet, Şâriin kişide takdir ettiği ve onu dinî-hukukî teklifin muhatabı olmaya elverişli kılan özellik*, şeklinde tarif edilebilir.

Tanımda ehliyetin kişide takdir edilen bir vasıf olduğu belirtilmektedir. Kişi ve takdir edilen vasıf vurgusunu biraz açmak faydalı olacaktır.

B. Temel Kavramlar

1. Şahıs

Dinin ve hukukun tanıdığı haklara sahip olabilen ve yükümlülük/borç altına girebilen varlıklara şahıs denir. Bu varlıkların başında insan gelir. Şahıs kavramını dinî açıdan insanla sınırlandırmak mümkün ise de, hukuk için kişi sadece insandan ibaret değildir. Toplum hayatının gereği olarak hukuk, belirli özelliklere sahip insan veya mal topluluklarını da kişi olarak tanımaktadır. Dolayısıyla hukukta kişi, *gerçek kişi* ve *tüzel kişi* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Öte yandan tüzel kişiler kendi içinde, *kamu hukuku tüzel kişileri* ve *özel hukuk tüzel kişileri* şeklinde iki ana gruba ayrılır.

Tüzel kişiler, başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ya da belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal topluluklarından oluşur. Beytülmâl, vakıf gibi bazı kurumlarla ilgili hükümler, İslâm hukukunda gerçek kişilik yanında tüzel kişiliğin de kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim fakihler, kişinin kendisiyle sınırlı olmak üzere şahsî sorumluluğu ile bir grup ya da topluluk adına fiil ve eylemlerde bulunması ve buna bağlı sorumluluğunu özenle birbirinden ayırmışlardır.

Gerçek kişiler insanlardır. Dinî-hukukî açıdan insanın haklara ehil ve sorumluluk üstlenmeye hazır olmaya ne zaman başladığı önemlidir. Fıkıh bilginleri, anne rahminde oluşmayla birlikte hukukî kişiliğin başladığı kanaatindedirler ve bu konuda tam bir görüş birliği bulunmaktadır. Her ne kadar ceninin bağımsız bir şahıs varlığı yoksa da, rahimde, bir süre sonra bağımsız kişilik kazanacak olan canlı bir insan nüvesi bulunmaktadır. Bu özelliği sebebiyle cenin, geciktirilmesi zarara sebep olabilecek ve işlerlik kazanması sağ doğmasına bağlı olan bazı haklara sahiptir. Kişilik haklarından nesep hakkı, malî haklardan vasiyet lehtarı olma, adına yapılan vakfın gelirlerinden yararlanma ve vâris olma hakları gibi.

Diğer yandan zaruret halleri dışında hamileliğin dışarıdan müdahaleyle sonlandırılması, ceninin şahıs varlığına karşı işlenmiş bir cinayet kabul edilir ve fail ya da failler diyetle (*ğurre*[181]) cezalandırılır. Bu kabulün bir sonucu olmak üzere müessir fiil, tehdit, ilaç kullanma gibi yollarla çocuğun ölü doğması halinde, çocuk hükmen sağ doğmuş kabul edilir ve gerçek sağ doğum halinde sabit olan haklar, bu cenin için de sabit olur. Ayrıca bunun miras hukukuna yansıyan sonuçları da vardır.

---

181 *Ğurre*, ana rahmindeki çocuğun düşürülmesinden dolayı ödenmesi gereken tazminat demektir ve tam diyetin yirmide biridir.

Anne karnında oluşumla başlayan kişilik, ölümle sona erer. Yaşam destek üniteleri sayesinde de olsa canlılık devam ettiği sürece ölüm kararı verilemez. Ölüm, biyolojik hayatın sona ermesi şeklinde olabileceği gibi *(gerçek ölüm)*, nerede olduğu bilinmeyen, hayatta ya da ölü olduğuna dair bilgi alınamayan kişiler (*mefkûd*[182]) hakkında ölüm kararı verilmesi şeklinde de olabilir *(hükmen ölüm)*. Mefkûd hakkında hükmen ölüm kararı verilebilmesi için kaybolmasından itibaren ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda farklı ictihadlar bulunmakla birlikte, hem mefkûdun haklarının korunması, hem de geride kalan yakınlarının, bilhassa eşinin yararının gözetilmesi açısından, kaybolması ve hayatından ümit kesilmesi gerekçesiyle mahkemeye müracaattan itibaren dört yıl geçmesi halinde hükmen ölüm kararı verilmesini öngören Mâlikî ictihadı, özellikle çağdaş dönemde genel kabul görmüştür.

Ölen bir kimse için yeni bir hakkın veya borcun doğması düşünülemez. Bununla birlikte ölünün yıkanması, kefenlenmesi ve defni için gerekli harcamaların malvarlığından yapılması, sağlığında iken yaptığı fakat ölüm sonrası sonuçlanan kazandırıcı veya borçlandırıcı etkisi bulunan işlemlerin doğrudan ölüye veya terikeye nispet edilmesi, borçlarının ve hukuka aykırı eylemleri sebebiyle doğmuş veya doğacak zararların terikeden ödenmesi gibi hükümler, ya terikeyi elinde tutan vârislerle ilgilidir ya da mirasçıların ve üçüncü şahısların haklarını korumayı amaçlamaktadır. Bu durum, zimmet ve vücubun devam ettiğini göstermez.

2. Zimmet (الذمة)

Ehliyet, Şâriin kişide takdir ettiği bir vasıftır. Fakih ve usûlcüler bu takdir edilen vasfı, zimmet kavramıyla ifade ederler. Sözlükte ahid, sözleşme, söz alma, emân, kefâlet anlamlarına gelen *zimmet,* fıkıh terimi olarak, *kişiyi haklara ve borçlara ehil kılan şer'î özellik,* demektir. Bu sayede kişi, lehine olan haklara ve aleyhine olan borçlara ehil olur.

Allah Teâlâ insanı yaratırken onu akıl ve zimmetle donatmıştır ki, hak sahibi olmaya ve yükümlülük altına girmeye ehil olabilsin. Bu sayede kişi, dokunulmazlık (ismet), hürriyet, mâlik olma gibi haklara; Allah hakkı olup "emanet" diye isimlendirilen vazifelere ehil olmaktadır. Kısaca zimmet, kişinin genel anlamda emaneti yüklenmeye ehil olmasını gerektirmektedir. Bu sebeple bütün insanlar, yaradılışta akıl ve zimmetle donatıldıkları için, emaneti yüklenmeye ehil durumdadırlar.

---

182 Nerede olduğu bilinmeyen, hayatta ya da ölü olduğuna dair bilgi alınamayan kişilere *mefkûd*, sağ olduğu bilinmekle birlikte nerede olduğu bilinmeyen kişilere *gâib* denir.

Zimmet, mânevî/itibarî bir vasıf olup adetâ itibarî bir kap gibidir. Haklar da borçlar da bu kapta birikir. Bu açıdan zimmet, bir bakıma kişinin borçlanma ve borçlandırma kapasitesidir. Dolayısıyla bir kişinin belirli miktar borç altında olması, zimmetine o kadar borcun taalluk etmesi demektir. İbadetlerin zimmette sabit olması ve ancak edâ ile sâkıt olması da aynı anlamdadır.

Akıl vurgusu, zimmetin insana has bir özellik olduğunu gösterir. Zira insan dışında akıl ve idrak yetisine sahip bir varlık yoktur. Bununla birlikte fıkıh bilginlerinin, cami, okul, medrese, vakıf vb. insan dışı varlıklar lehine vasiyet, bağış gibi bazı hukukî tasarrufların gerçekleştirilmesini mümkün ve geçerli kabul ettikleri görülür. Benzer şekilde sözgelimi Hanefîlere göre bir şahsın hayvanına yapılan vasiyet sahihtir. Bunlar, insan dışı varlıklar olduğundan zimmete sahip olmadıkları, dolayısıyla hak sahibi olamayacakları düşünülebilir. Gerçekten de din ve hukuk nezdinde söz ve eylemleri sebebiyle sorumlu tutulan, gerektiğinde cezaî müeyyide uygulanan şahıslar, gerçek şahıslardır. Sözü edilen işlemlerde bir hayır cihetine tahsis söz konusu olmakla birlikte, bu işlemler sebebiyle sorumlu tutulan ve hesap verme konumunda olanlar, mütevelli durumundaki gerçek kişilerdir. Hayvana yapılan vasiyette de, bakımını sahibi üstlendiğinden, hayvana yapılan vasiyet gerçekte onun sahibine yapılmış demektir. Yani hak, zimmet sahibi olan insan için sabit olmuş olmaktadır.

Zimmet, vücub/hak ehliyetinin temelini teşkil eder. Nitekim usûlcüler vücub ehliyetini, zimmet kavramıyla da açıklarlar. Vücub ehliyeti, haklara sahip olma (ilzâm) ve yükümlülük altına girme (iltizâm) olmak üzere iki boyutludur. Borç altına girebilme, kişide şer'an takdir olunan başka bir şeyi daha gerektirmektedir ki, bu da zimmettir.

II. Ehliyetin Unsurları

Dinin ve hukukun tanıdığı haklara sahip olmak bakımından gerçek hukukî kişilik yeterli iken, yükümlülükler itibariyle ayrıca bazı şartların gerçekleşmesi de gerekmektedir. Bu noktada ehliyetin temel unsuru kudrettir. Kudret ise, dinî-hukukî hükümleri *anlama/idrak kudreti* ve *uygulama/tatbik kudreti* olmak üzere iki boyutludur ve bunlar ehliyetin unsurlarını oluşturur.

Dinî-hukukî taleplerin amacı, gereğinin mükellefler tarafından yerine getirilmesidir ki, bu da ancak, uygulamayı mümkün kılacak ölçüde teklifin anlaşılıp idrak edilmesiyle mümkündür. Yalnız bu hususta, teklifi bilfiil bilmek zorunlu

olmayıp, istenildiği takdirde bilme imkânına sahip olmak yeterlidir. Cansız varlıklar ile hayvanların dinin ve hukukun süjesi kabul edilmemesinin sebebi de akıl ve idrak kabiliyetinden yoksun bulunmalarıdır.

Öte yandan dinî-hukukî hükümlerin yerine getirilebilmesi için, sırf anlama yeterli değildir; aynı zamanda teklifin, mükellefin gücü dâhilinde olması da gerekir. Dolayısıyla teklif, mükellefin kudretini aşmamalıdır. Bunun bir gereği olmak üzere ibadetlerle mükellef tutulmak için, kişinin aklî dengesinin yerinde olmasıyla birlikte bedenî olgunluğa yani ergenlik çağına kavuşmuş olması da gerekmektedir. Suç teşkil eden filler sebebiyle ceza tatbikine ehil olmak da aynı şekilde ergenlik şartına bağlıdır.

Diğer taraftan dinî hükümlerin temel amacı, Yüce Allah'a itaat noktasında kulların sınanmasıdır (imtihan). İmtihanın ise, talebi anlama ve gereğini tatbik kudreti olmadan gerçekleşmesi mümkün değildir. Bütün bunların bir sonucu olmak üzere, akıl ve idrak yetisinden yoksun bulunduğundan deli (mecnûn) ile bedenî gelişmişlik bakımından ilk çocukluk evresinde olan çocuklar (gayrı mümeyyiz çocuk) tam ehliyetsiz; akıl noktasında gelgit yaşayanlar (ma'tûh) ile henüz ergenlik çağına gelmemiş bulunan çocuklar (mümeyyiz çocuk) ise, eksik ehliyetlidirler.

III. Ehliyet Çeşitleri

Ehliyetin, birisi pasif diğeri aktif iki boyutu vardır. Pasif yönü, hak sahibi olmaktır ve bunun için şahıs varlığı yeterlidir. Aktif yönü ise, bu hakları kullanma, dinî-hukukî sonuç doğuracak şekilde irade beyanında bulunma, davranış sergileme, söz ve eylemlerinin medenî-cezaî sorumluluğunu üstlenme, dinî talepleri yerine getirmekle sorumlu tutulma gibi hususlardır ve bunlar, bedenî-aklî gelişime bağlı olarak oluşmaktadır. Şu halde ehliyet, vücub ehliyeti ve edâ ehliyeti olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır.

A. Vücub/Hak Ehliyeti

Vücub ehliyeti, kişinin, dinî-hukukî hak ve borçların doğmasına elverişli olmasıdır. Ehliyetin bu türünün temelini, şahıs varlığı oluşturur. Dolayısıyla hukuken şahıstan söz etmemin mümkün olduğu her durumda, vücub ehliyeti var demektir. Bunun bir gereği olmak üzere hakların sabit olması ve borçların doğması için, herhangi bir eylemde bulunmaya gerek yoktur; bunlar, şahsiyete bağlı olarak kendiliğinden oluşur. Bu sebeple vücub ehliyeti, pasif bir ehliyettir.

Fıkıh bilginleri vücub ehliyetini zimmet kavramıyla açıklarlar. *Zimmet,* yukarıda geçtiği üzere *kişiyi dinî teklife muhatap olmaya elverişli kılan özellik demektir.* Akıl ve iradeye dayalı bilinçli tercihlerde bulunma özelliği sadece insanda bulunduğundan, zimmete sahip tek varlık da insandır. Bunun tabii sonucu olmak üzere vücub ehliyeti insana özgüdür. Bu sebeple yaş, cinsiyet, aklî meleke ve daha başka özelliklere bakılmaksızın hayatta olan her insan vücub ehliyetine sahiptir. Dolayısıyla vücub ehliyetinde genellik ve eşitlik prensipleri geçerlidir.

Vücub ehliyetinin özünü, neseb, hidâne, miras, vasiyet, vakıf ve satın alma yoluyla mülk edinme gibi haklardan kişinin faydalanması oluşturur. Borç altına girmeyi ifade eden vergi ödeme, haksız fiilin yol açtığı zararı tazmin etme gibi yükümlülükler ise, daha çok üçüncü şahısların haklarını korumaya yönelik bir önlem mahiyetindedir.

Anne karnında oluşmayla başlayan eksik hukukî kişilik, doğumla tam hale gelir ve nihayet ölümle sona erer. Bu süreçte, hukukî kişiliğin eksik veya tam oluşuna göre vücub ehliyeti de eksik ya da tam olacaktır.

1. Eksik (nâkıs) vücub ehliyeti

Eksik vücub ehliyeti, kişinin sadece lehine olan bazı hakların sübutuna ehil olması demektir. Bu da yalnızca cenin için söz konusudur. Cenin, bağımsız tam bir hukukî kişiliğe sahip değildir, bir bakıma annesinin bir organı gibidir. Bununla birlikte müstakil kişilik sahibi şahıslar gibi, tümüyle insan suretinde ve bütün organları teşekkül etmiş canlı bir organizmadır ve bir süre sonra bağımsız kişilik kazanacaktır. Bu çifte yön, ceninin eksik de olsa bir şahsiyet ve ehliyete sahip olmasını gerektirmiştir.

Eksik vücub ehliyeti sadece, cenin bakımından doğuma kadar geciktirilmesi halinde zarar baş gösterebilecek hakların sabit olmasını sağlamaktadır. Bu haklar ise, kişilik haklarından nesep hakkı ile mirasa hak kazanma, vasiyet lehtarı olma, lehine yapılan vakıf gelirlerinden yararlanma gibi, geçerlilik kazanması için kabule ihtiyaç duymayan malî haklardır. Ceninin yararı gözetilerek tespit edilen bu haklar, gerçek ve tam bir kişilik olmadığı için temsilden söz etmenin mümkün olmaması sebebiyle velisi tarafından himâye edilir. Fakat ceninin ile ilgili bu malî haklardan söz edebilmek için, lehine vakıf ve vasiyet yapıldığında veya miras bırakan öldüğünde anne karnında mevcut olması, bu hakların cenin adına tespit ve tescil edilmesi için ise, sağ doğması gerekir.

2. Tam (kâmil) vücub ehliyeti

Tam vücub ehliyeti, kişinin lehine ve aleyhine olan hak ve borçların sübutuna ehil olması halidir. Burada kişinin, hak sahibi olmak yanında, malî borç altına girmesi gibi şahıs varlığına bağlı yükümlülüklere ehil sayılması da söz konusudur.

Tam vücub ehliyeti, sağ doğumla başlar ve ölüme kadar eksilmeksizin devam eder. Dolayısıyla hayatta olan her insan, tam vücub ehliyetine sahiptir ve bu ehliyetten doğan hak ve borçların tamamına ehildir. Verâset sebebiyle miras payına hak kazanma, kendisi için satın alınan veya bağışlanan bir şeyin mülkiyetine girmesi gibi hakların iktisabı yanında, adına satın alınan malların satım bedelini ödeme, sosyal hayatın bir gereği olmak üzere vergi yükümlülüğü ve akrabalık nafakasıyla sorumlu tutulma, haksız fiillerden doğan tazmin yükümlülüğü gibi borçların üstlenilmesi vb. sorumluluklar, tam vücub ehliyetine dayanmaktadır.

Doğrudan haksız fiillerde, maddî fiile bağlı sebep sonuç ilişkisi (kusursuz sorumluluk) geçerli olduğundan, bu tür fiillerde sorumluluk için şahıs varlığı yani vücub ehliyeti yeterlidir. Bu sebeple gayrı mümeyyiz küçük, akıl hastası gibi edâ ehliyetinden tamamen yoksun bulunanlar da dâhil olmak üzere herkes, kendi fiilleriyle verdikleri zararın maddî karşılığını (tazmin) bizzat ödemek zorundadır.[183] Tahrik, teşvik veya zorlama gibi bir rolü olmadığı sürece velilerinin bu haksız fiillerle ilgili tazmin yükümlülüğü yoktur. Şahıs varlığına bağlı sorumlulukların velî ya da vasî tarafından yerine getirilmemesi halinde, yargı mekanizması devreye girer.

Dünyaya geldiği andan itibaren her insan, öşür, haraç gibi vergilerle mükelleftir ve bu konuda âlimler arasında görüş birliği (icmâ) bulunmaktadır. Zekât mükellefiyeti için Hanefî fıkıh bilginleri, ibadet özelliğinin baskın oluşundan hareketle tam edâ ehliyetine sahip olmanın (aklî dengesi yerinde ve ergenlik çağına ulaşmış olma) şart olduğunu söylerken, diğer mezhepler, vergi karakterini ön plana çıkarmak suretiyle sosyal hayatta bir birey olarak var olmanın gereği olmak üzere zekât mükellefiyeti için vücub ehliyetine sahip olmanın yeterli olduğu görüşünü benimsemişlerdir. İkinci görüş sahiplerine göre hayatta bulunan her insan, diğer şartlarını taşıması halinde zekât vermekle mükelleftir.

Şu halde her insan, doğumdan itibaren malî haklardan faydalanmaya ve malî borçlar altına girmeye ehildir. Ancak vücub ehliyetine bağlı hakları kabul ve idare, borçları ifa gibi hususlar kanunî temsilciler aracılığıyla yapılabilir. Zira

183 Mecelle, md.960

hakların bizzat kullanılabilmesi edâ ehliyetini gerektirir. Vücub ehliyeti, sadece başkası adına yapılması (niyâbet) mümkün olan hukukî işlemleri kapsadığından niyâbet kabul etmeyip şahsen ifası gereken iman, bedenî ibadetler ve malî yönü bulunmayan cezaî sorumluluk gibi hususlar için vücub ehliyeti yeterli değildir, mutlaka edâ ehliyeti gerekir.

B. Edâ/Fiil ehliyeti

Edâ ehliyeti, kişiyi, şer'î hitabın yönelmesine ve edânın vücûbiyetine, dinen ve hukuken muteber olacak tarzda davranmaya ve hukukî işlem yapmaya elverişli kılan özelliktir. Edâ ehliyetiyle birlikte bir yandan inançtan ibadete bütün dinî taleplerle mükellef olma, diğer taraftan ise, vücub ehliyetiyle kazanılan hakları bizzat kullanma, kendi fiilleriyle hak edinme ve borç altına girme, söz ve eylemlerinin hukukî sorumluluğunu üstlenme söz konusu olmaktadır. Bu yönüyle edâ ehliyeti, aktif bir özellik arz eder.

Edâ ehliyeti, insanlık vasfı sebebiyle doğuştan sahip olunan bir özellik olmadığından, herkes edâ ehliyetine sahip değildir. Vücub ehliyetinin temel dayanağını insan olma oluştururken, edâ ehliyetininkini akıl oluşturur. Dolayısıyla edâ ehliyeti, fiillerinin sonuçlarını anlayabilecek ve serbestçe hareket edebilecek düşünce ve irade olgunluğuna sahip kişilerde bulunabilir. Çünkü din ve hukuk ancak, hareketinin sonucunu bilen ve serbest iradeyle hareket eden kişilerin fiillerine bir sonuç bağlar. Bu özelliği dolayısıyla fiil ehliyeti, sonradan kazanılan bir ehliyettir. Diğer taraftan edâ ehliyetinin temel dayanağını oluşturan aklî ve bedenî olgunluğa herkes aynı anda, aynı biçimde ve derecede erişemediğinden, edâ ehliyetinde vücub ehliyetinin aksine genellik ve eşitlik prensipleri geçerli değildir.

Fiil ehliyetine sahip bulunan kişi, bir başkasının izin ya da onayına bağlı olmaksızın hak veya borç doğurucu her türlü irâde açıklamasında bulunabilir. Çünkü şahıs veya malvarlığı üzerinde kimsenin velâyeti yoktur. Kaldı ki ehliyet, kişinin dinî-hukukî sorumluluk üstlenme ve kendi işlerini bizzat deruhte edebilme yetkinliğini ifade ederken velâyet, başkasının işlerini yapabilme selâhiyetidir.

Belirli düzeyde aklî ve bedenî olgunluğa sahip olmayanların fiil ehliyetinden yoksun olmaları, bu şahısların günlük hayatta istismar edilmesini önleme ve hukuk kurallarını ihlal halinde ya hiç sorumlu tutulmama ya da sorumluluğun hafifletilmesini amaçlamaktadır ve onların lehinedir. Zira hareketlerinin bilincinde olanla olmayanın aynı kurallara tabi tutulması adil olmayan sonuçlar doğurur. Bu sebepledir ki, fiil ehliyetsizliği sorumluluğun bir dengeleyicisi olmaktadır.

Kişi başlangıçta sadece vücub ehliyetine ve bunun sağladığı bir takım haklara sahipken hukuk düzeni, aklî ve bedenî gelişime paralel olarak kişiye giderek hakları bizzat kullanma yahut bizzat kendi işlemiyle borç altına girme yönünde ilave haklar tanır ve ehliyetin kapsamını genişletir. Bunun bir sonucu olmak üzere edâ ehliyeti, vücub ehliyetinde olduğu gibi bir anda ortaya çıkmaz; aklî ve bedenî gelişime paralel olarak peyderpey oluşur. Bu itibarla vücub ve edâ ehliyetlerini ehliyetin iki ayrı kısmı değil iki safhası şeklinde değerlendirmek gerekir. Temyizle eksik olarak başlayan edâ ehliyeti, kişinin, beden ve akıl itibariyle gerekli gelişimini tamamlamasıyla birlikte (bulûğ ve rüşd) kâmil hale gelir. Artık birey, bütün dinî-hukukî tekliflerle yükümlü olur, her türlü hakkı tek başına kullanabilir.

Usûl ve fıkıh bilginleri edâ ehliyetini, insanın aklî-bedenî gelişim seyri itibariyle eksik (nâkıs) ve tam (kâmil) edâ ehliyeti olmak üzere iki kısma ayırarak incelemişlerdir.[184]

1. Eksik edâ ehliyeti

Tam ehliyetin unsurlarının hiç bulunmaması halinde ehliyetten söz etme imkânı yoktur. Fakat bu unsurlardaki eksiklik, bazı açılardan ehliyetten söz etmeyi mümkün kılar. Temyiz yetisine sahip olmakla birlikte aklî ve bedenî gelişimini tamamlamamış olanların tam ehliyetli kabul edilmeleri doğru olmadığı gibi, bütünüyle ehliyetsiz görülmesi de isabetli olmaz. Zira ehliyetin esas unsurunu oluşturan aklî olgunluk bir anda ortaya çıkmamakta, hayata karışmak, bir takım işlemlerde bulunup tecrübe kazanmakla gelişmektedir. Bu durum, kişilerin kabiliyet ve gelişimleriyle orantılı olmak üzere belirli konularda kendilerine yetki verilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla tam ehliyetin unsurlarının oluşmadığı kişiler eksik edâ ehliyetine sahiptirler. Bunlar, bazı hukukî işlemleri kendi başlarına, diğer bazılarını da kanunî temsilcileri yardımlarıyla yapabilirler. Böylece eksik ehliyetliler, tam ehliyetli olacakları bir dönem için hazırlanmaktadırlar.

Tam edâ ehliyetinin unsurları göz önünde bulundurulduğunda kural olarak, bedenî gelişmişlik bakımından kemâli ifade eden bulûğ ile aklî gelişmişlik açısından kemâlin ifadesi olan rüşdden yoksun bulunan herkes, eksik edâ ehliyetine

184 İnsan hayatı bir bütün halinde değerlendirildiğinde bu ikili tasnife, *"tam ehliyetsizlik hali"* şeklinde üçüncü bir durumu ilave etmek mümkündür. Gayrı mümeyyiz çocuk ve deli, edâ ehliyeti bakımından tam ehliyetsizliğe örnek teşkil eder. Bunlar ibadetlerle mükellef değildirler, tasarrufları geçerli olmaz, işledikleri ya da sebep oldukları cinayetlerden ötürü cezaî ehliyetleri yoktur.

sahiptir. Temyiz kudretine sahip ve aklı başında olarak bulûğa erenler malî konular dışında tam ehliyetlidirler. Binaenaleyh reşîd olmayanların edâ ehliyeti itibariyle eksik oluşları, sınırlı bir alanda söz konusu olmaktadır.

Bu bilgilerden hareket edildiğinde, akıl ve tecrübe bakımından gelişimleri eksik olan mümeyyiz küçükler, malında aklın gereklerine uygun biçimde tasarrufta bulunamayanlar (sefîh) ve aklında gelgit yaşayan kişiler (ma'tûh) eksik edâ ehliyetine sahiptirler. Eksik ehliyetliler için sabit olan hükümler, kişilerin durumlarına göre farklılık gösterir. Söz gelimi sefîh ve ma'tûh, sadece malî tasarruflar bakımından kanunî temsilci denetimine tabidir, bunun dışında tam ehliyetlidir. Mümeyyiz çocuk ise, sadece malî tasarruflar bakımından sınırlı ehliyete sahip olup, tamamen menfaatine olan bağış (hibe) kabulü gibi işlemlere ehil, maddî bakımdan zararına olan vakıf tesisi, vasiyet ve bağışta bulunma gibi irade açıklamaları itibariyle tam ehliyetsiz, hem yararına hem zararına olabilecek hukukî işlemlerde bulunma açısından ise, velî denetimine tabidir. Zararına olan tasarruflara velinin izin ve onay yetkisi yoktur.

Eksik edâ ehliyetinin özellikle ibadetler bakımından önemli neticesi ise, mükellefiyet söz konusu olmamakla birlikte edânın sahih olarak gerçekleşmesidir. Dolayısıyla ergenlik çağına ulaşmamış mümeyyiz çocuk, namaz, oruç gibi ibadetlerle mükellef değildir. Fakat namaz kılar ya da oruç tutarsa, bu sahihtir.

2. Tam (kâmil) edâ ehliyeti

Tam edâ ehliyeti kişinin, dinî-hukukî teklife muhatap, dinen ve hukuken geçerli olacak şekilde söz söylemeye ve eylemde bulunmaya ehil olması demektir. Tam edâ ehliyeti ile birlikte kişi, bütün ibadetlerle mükellef, söz ve eylemleriyle yeni hak kazanma ve borç altına girmeye ehil, evlenme ve boşama gibi işlemleri geçerli, suç teşkil eden fiilleri sebebiyle cezaî ehliyeti tam hale gelir.

Tam edâ ehliyeti için ergenlik şarttır. Temyiz gücüne sahip ve aklı başında olarak ergenlik çağına erenler, malî sonuçları bulunan tasarruflar dışında tam edâ ehliyetine sahiptirler. Malî sonuçları bulunan tasarruflar itibariyle tam edâ ehliyeti için ise, buluğ yanında rüşd de gerekir. Rüşd genellikle ergenlikle birlikte ortaya çıkarsa da, bazen gecikebilmektedir. Aklî ve fikrî olgunluğun ifadesi olan rüşd özelliğinden yoksun bulunanlar, kendi malvarlıklarında doğrudan tasarruf imkanına sahip değildirler. *"Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri*

(gözetip) deneyin, eğer onlarda akılca bir olgunlaşma (rüşd) görürseniz hemen mallarını kendilerine verin"[185] şeklindeki ilahî buyruk, bu düzenlemenin hukukî dayanağını oluşturur.

Şu halde reşîd olarak bulûğa erenler, dinî-hukukî talep ve hükümlerin yönelmesine/vücûbuna ve edânın sıhhatine ehildirler. Rüşdün buluğdan sonraya sarkması veya oluştuktan sonra kaybedilmesi durumlarında, yine malî hususlar dışında tam edâ ehliyetinden söz edilmektedir. Tam edâ ehliyetine sahip bulunanlar her türlü söz ve fiilleri sebebiyle şahsen sorumludurlar.

Vücub ve edâ ehliyeti ile ilgili bilgiler hayatın bütünü itibariyle ele alındığında insan hayatı, cenin dönemi, temyiz öncesi çocukluk, temyiz çağı, ergenlik ve rüşd olmak üzere devreler halinde değerlendirilebilir.

IV. Ehliyet Açısından İnsan Hayatının Devreleri

A. Cenin Dönemi

Ceninin sadece eksik vücub ehliyeti vardır. Bu da onun, geciktirilmesi halinde zarar söz konusu olabilen nesep hakkı, miras hakkı, lehine yapılan vasiyet ve vakıftan yararlanma hakkından ibarettir. Bu haklar cenin için saklı tutulur, sağ doğması halinde adına tespit ve tescil edilir. Dolayısıyla ceninin vücub/hak ehliyeti, geciktirici şarta bağlı bir ehliyettir.

B. Temyiz Öncesi Dönem (Gayrı Mümeyyiz Çocukluk)

Temyiz, iyi ile kötüyü, faydalı ile zararlıyı, hayır ile şerri birbirinden ayırt edebilme, çevresinde olup bitenler arasındaki farkları kavrayabilme yeteneği demektir. Fıkıh bilginleri çocuklar için temyiz çağını genellikle yedi yaş ile tespit etmişlerse de bu, objektif bir ölçü belirleme ihtiyacının sonucudur; hakikatte temyiz, beslenme, çevre, genetik yapı ve daha birçok sebebe bağlı olarak farklılık gösterdiğinden, her çocuğun durumunun ayrıca değerlendirilmesi isabetli olur.

Gayrı mümeyyiz çocuk zimmete ve tam vücub ehliyetine sahiptir, edâ ehliyeti açısından tam ehliyetsizdir. Dolayısıyla dinin ve hukukun benimsediği bütün haklara sahiptir. Bu hakların kullanımı ve onlardan yararlanma ise, hukukî temsilci marifetiyle olur. Kendisi için yapılan hukukî işlemlerden

185 en-Nisâ 4/6

doğan yükümlülükler, evlilik ve akraba nafakası gibi sosyal yardımlaşmanın gereği olan sorumluluklar ve haksız fiilden kaynaklanan borçlar malvarlığından karşılanır.

Toplum hayatının gereği olmak üzere ve şahıs varlığına bağlı malî ödevler (öşür, fitre: sadaka-i fıtır) mal varlığından ödenir. Bu çerçevede Hanefîlere göre zekât için tam edâ ehliyeti gerektiğinden zekâtla mükellef değildir, cumhura göre ise zekât, malvarlığını ilgilendiren bir yükümlülük olduğundan gayrı mümeyyizin mallarından zekât gerekir.

Sözleri, işlemleri, kabz ve teslim gibi fiilleri hukuken geçersiz olup yok hükmündedir. Hibe veya sadaka kabulü gibi sırf yararına olan işlemleri de aynı şekildedir. Bu hususlarda velîsi izin yetkisine de sahip değildir.[186]

Bedenî ceza tatbiki ve ibadetlerle mükellef olmak ise tam ehliyet gerektirir.

Temyiz öncesi dönem denilince, her ne kadar akla ilk gelen gayrı mümeyyiz çocuk ise de, ehliyet bakımından onunla aynı konumda bulunan deli de (mecnun), temyiz öncesi dönem kapsamında değerlendirilir. Dolayısıyla gayrı mümeyyiz çocukla ilgili hak ve yükümlülükler, deli hakkında da aynen geçerlidir.

C. Temyiz Dönemi (Mümeyyiz Çocukluk)

Temyiz, genel olarak iyi ile kötüyü, kârlı ile zararlıyı ayırt etme yeteneği olduğundan aklî olgunlaşmanın ilk aşamasını teşkil eder. Bu açıdan temyiz, bir önceki döneme göre daha ileri bir seviyeyi ifade ettiğinden, temyiz öncesi dönemde söz konusu olan yükümlülüklere yenileri eklenmekte, bir takım hakların kişi tarafından bizzat kullanımı da söz konusu olmaktadır. Fakat aklî olgunluk tam olarak gerçekleşmediğinden kişi üzerindeki hukukî velâyet devam etmektedir. Bu itibarla mümeyyiz, eksik edâ ehliyetine sahiptir.

Temyiz döneminde dinî-hukukî hitabı anlayacak kadar aklî olgunluktan, dinen ve hukuken geçerli olacak şekilde niyet ve iradeden söz etme imkânı bulunmadığından, mümeyyiz küçük, iman ve bedenî ibadetlerle mükellef değildir. Fakat dinî hayata hazırlamak amacıyla, fizikî gelişimini de göz önünde bulundurmak suretiyle ibadetler öğretilir, hatta eğitim amacıyla te'dib edilebilir.[187]

186 Mecelle, md.966

187 Bu hususa kaynak teşkil eden hadisler için bk. Ebû Dâvûd, "Salât", 26, 60; Tirmizî, "Mevâkîtü's-salât", 182; Dârimî, "Salât", 141

Nitekim mükellef olmamakla birlikte iman etmesi, namaz, oruç gibi edâ ettiği ibadetleri sahihtir. Ancak kişiyi dinden çıkaran söz ve eylemleri, sırf aleyhte sonuçlar doğurduğundan, fıkıh bilginlerinin çoğunluğuna göre geçersizdir.

Bu dönemde tam ceza ehliyetinden söz edilmesi mümkün değildir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.) ergenlik çağına gelinceye kadar çocuktan sorumluluğun kaldırıldığını ifade etmiştir.[188] Dolayısıyla *had* yahut *kısas* gerektirecek bir suç işlemesi halinde bedenî ceza uygulanmaz, fakat durumuna uygun düşen ıslah edici müeyyideler uygulanabilir.

Mümeyyiz küçükler, malî konularda tecrübe eksikliği ve insan davranışları hususunda yeterli bilgiye sahip bulunmamaları sebebiyle eksik edâ ehliyetine sahiptirler. Burada söz konusu eksik edâ/fiil ehliyetinden kasıt, hukukî edâ ehliyeti ya da malî tasarruf ehliyetidir. Buna hukukî işlem ehliyeti demek de mümkündür. Bu açıdan mümeyyiz küçüğün malî sonuçları bulunan tasarrufları, tamamen yararına olanlar, tamamen zararına olanlar ve hem yararına hem de zararına olma ihtimali taşıyanlar olmak üzere üç grupta toplanır.

Lehine yapılan hibe ve vasiyet ile hediye ve sadaka kabulü gibi mümeyyiz küçüğün tamamen yararına olan yani malvarlığında artış meydana getiren işlemler, kimsenin izin ve onayına bağlı olmaksızın geçerlidir ve derhal hüküm ifade eder. Hanefîlere göre, mümeyyiz çocuğun başkası adına vekâleten yaptığı işlemlerin olumlu ve olumsuz sonuçları müvekkili için doğmuş olacağından, vekil sıfatıyla yapabileceği tasarruflar için bir kısıtlama bulunmamaktadır.[189] Diğer mezheplere göre ise, mümeyyiz çocuk kendi adına yapamadığı hukukî işlemleri başkasının vekili olarak da yapamaz.

Hibede ve tasadduкta bulunmak, vakıf kurmak, kefil olmak, borç ikrarı veya ibrasında bulunmak gibi mümeyyiz küçüğün tamamen zararına olan yani malvarlığında eksilmeye sebep olan irade açıklamaları geçersizdir. Bu tür işlemlerde bulunmaya hukukî temsilci de yetkili olmadığından izin ya da onaydan söz edilemez. Hayır/ibadet amacıyla vasiyette bulunmak gibi başta varisler olmak üzere üçüncü kişilerin zarar göreceği tasarrufları da, fıkıh bilginlerinin çoğunluğuna göre geçersizdir. Şâfiî ve Zâhirî fakihlere göre ise çocuk, kural olarak ergenlik öncesi hukukî işlem ehliyetine sahip değildir. Bu konuda hukukî temsilcinin izin veya onayı da yeterli değildir.

---

188 Ebû Dâvûd, "Hudûd", 17

189 Mecelle, md.1458

Alış-verişte bulunmak, kiralamak gibi mümeyyiz küçüğün hem yararına hem de zararına olma ihtimali taşıyan tasarruflarına gelince, bunların geçerli olup olmaması velîsinin icâzetine/onayına bağlıdır. Eğer velîsi, çocuğun bu tasarruflarını uygun görürse geçerli olur, aksi halde hüküm doğurmaz.

Velî, kabiliyetinden emin olduğu mümeyyiz küçüğe önceden bu tür tasarruflarda bulunma izni verebilir. Böyle küçüğe "me'zûn" denir. Me'zûnun tasarrufları, izin verilen konularla sınırlı olmak kaydıyla, velînin onayına gerek olmaksızın geçerli olur.

Bulûğa ermemiş fakat ana hatlarıyla da olsa iyiyi kötüden, kârı zarardan ayırma gücü bulunan mümeyyiz çocuk, aklî gelişimi henüz tamamlanmadığı için eksik edâ ehliyetliler grubunun modelini oluşturur. Kısmen temyiz ve muhâkeme gücü bulunmakla birlikte aklî melekeleri tam gelişmemiş (ma'tûh) veya harcamalarında aşırı derecede tedbirsizlik gösteren (sefîh) kimseler de bazı yönlerden bu grupta değerlendirilir. Bu noktada mümeyyiz çocuk ve onunla aynı konumda bulunanlara çeşitli derecelerde getirilen sınırlamalar, sonuçta hem kendilerini hem de üçüncü şahısları korumayı amaçlamaktadır.

D. Bulûğ ve Rüşd Dönemi

Bu dönem, ya bilinen tabii ergenlik belirtilerinin ortaya çıkması ile ya da – bu alametler görülmemiş ise- İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre on beş yaşının tamamlanması ile başlar.

Ergenlik, kişinin dinî-hukukî teklifleri üstlenebilecek asgarî biyolojik gelişim düzeyini kazandığının, çocukluk döneminden çıkıp yetişkin insanlar grubuna dâhil olduğunun ifadesidir. Dinî-hukukî teklifi anlama ve idrak kabiliyetini ifade eden aklî olgunluk, teklifin gereğini yerine getirme kudretini ifade eden buluğa nispetle sübjektif bir karaktere sahiptir. İşte buluğun önemi bu noktada kendisini göstermektedir. Din ve hukuk, bedenî gelişmişliğin ifadesi olan ergenliği, sübjektif karakterli aklî yetişkinliğin kuvvetli göstergesi (mazınne) olması sebebiyle, aklî olgunluk için objektif bir ölçü olarak belirlemiştir. Bu itibarla ergenlikten itibaren kişinin yeterli derecede aklî olgunluğa sahip olduğu kabul edilir.

Aklî ve fikrî olgunluğa *(rüşd)*, diğer bir ifadeyle malî konularda normal seviyede tedbirli ve basiretli davranma melekesine sahip halde ergenlik çağına girenler, her bakımdan tam edâ ehliyetine sahiptirler. *Reşîd* olarak nitelendirilen bu kimseler, iman, ibadet gibi dinî taleplere muhatap ve edâ ile mükellef, haksız

fiilleri sebebiyle cezaî ehliyeti tam, her türlü irade açıklaması dinen ve hukuken sonuç doğurucu mahiyete sahiptir. Diğer bir ifadeyle dinî hükümler bakımından tam ehliyetli olduğu gibi cezaî ve medenî ehliyeti de tamdır.

Genel durum, buluğ ile rüşdün birlikte gerçekleşmesi biçiminde olmakla birlikte, rüşdün buluğdan sonraya kalması da karşılaşılabilen bir haldir. Zira fizikî gelişmişliğin ifadesi olan bulûğ ile, tecrübe, basiretli hareket, aklî gelişmişlik ve olgunluğu ifade eden rüşd arasında gereklilik ilişkisi yoktur. İşte bu tür durumlarda eksik edâ ehliyeti söz konusu olmaktadır. *"Ergenlik çağına kadar yetim çocukları sınayın; şayet onlarda aklî ve fikrî bir olgunluk (rüşd) görürseniz, hemen mallarını kendilerine teslim edin"*[190] şeklindeki âyetin ve aynı paraleldeki hadislerin delâletiyle, malî yönü bulunan bazı hukukî tasarruflar bakımından tam edâ ehliyeti, buluğ ile değil rüşd ile kazanılmaktadır. Ancak burada edâ ehliyeti açısından söz konusu edilen eksiklik, kişinin dinî ve cezaî sorumluluğunu etkilemeyip sadece malî yönü bulunan hukukî işlemleri yapmaya ehil olmamasını ifade ettiğinden, bâliğ olduğu halde rüşdünü kazanamamış bu kimsenin ehliyetindeki eksiklik, mümeyyiz küçüğe göre daha sınırlı kalır. Diğer yandan malî konularda kişinin tam edâ ehliyeti kazanması için bulûğun yeterli olmayıp rüşdün aranması, onun hak ve özgürlüklerini kısıtlamaktan çok, öncelikli olarak kendisinin, dolaylı olarak da toplumun haklarını korumayı amaçlar.

Şu halde malî sonuçları bulunan bazı tasarruflar dışında kişi, akıllı olarak bulûğa ermekle tam edâ ehliyetine sahip olmaktadır. Bu noktada küçüklükten kaynaklanan kısıtlılık (hacir) halinin ne zaman ve hangi özelliklere bağlı olarak sona ereceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ehliyetin tabii gerekleri göz önünde bulundurulduğunda, sınırlı bir alan dışında bulûğla birlikte tam edâ ehliyeti söz konusu olduğu için, kısıtlılık halinin ergenlikle sona ereceğini söylemek daha yerinde bir değerlendirmedir.

V. Ehliyeti Daraltan Sebepler (Ehliyet Ârızaları: عوارض الأهلية)

Bedenî ve aklî gelişmişlik düzeyine bağlı olarak insanın sahip olduğu hakları bizzat kullanma, dinî-hukukî yükümlülük üstlenme, söz ve eylemlerinin sonuçlarına katlanma bakımından yetkinliği farklılık gösterdiği gibi, tam ehliyetlilik halinin devamı bakımından da şahıslara göre farklılıklar söz konusudur. Hayatın

190 en-Nisâ 4/6

akışı içerisinde kişilerin, bizzat kendilerinden kaynaklanan yahut hiçbir müdahale ve seçimlerinin olmadığı kimi hallere bağlı olarak ehliyet, daralma-tam hale gelme biçiminde farklılık gösterebilir. Yani tam ehliyetsiz ya da eksik ehliyetli olanların tam ehliyetli, tam ehliyetlilerin de eksik ehliyetli veya tam ehliyetsiz konuma geçmesi mümkündür. İşte ehliyeti olumsuz etkileyen ve onda daralmaya sebep olan durumlar, *ehliyeti daraltan sebepler* ya da yerleşik ifadesiyle *ehliyet ârızaları* olmaktadır.

Ehliyet ârızaları, kişinin şer'î hitaba ehil oluşu, dolayısıyla hak ve yükümlülüklerinin kapsamı, sahip olduğu hakları bizzat kullanması, kendi söz ve eylemleriyle borç altına girmesi, haksız fiilleri sebebiyle bedenî cezaya ehil olması gibi konularda farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Hayatta bulunan her insan ölünceye kadar kâmil hak ehliyetine sahiptir ve herhangi bir durumun bu ehliyeti kısıtlaması/daraltması söz konusu olamaz. Vücûb ehliyetinin yalnızca ortadan kalkmasından söz edilebilir ki, bu da hukukî kişiliğin sona ermesi, yani ölümle olur. Dolayısıyla insan hayatı bakımından etkiye açık olan yön, akıl ve temyiz gücü olduğundan, ehliyeti daraltan haller edâ/fiil ehliyeti için söz konusu olacaktır. Bu çerçevede ehliyet ârızaları, oluşumunda iradenin rolünün bulunup bulunmaması ölçütüne göre semâvî ve müktesep ehliyet ârızaları olmak üzere iki kısma ayrılır.

A. İrade Dışı Sebepler (Semâvî Ârızalar: العوارض السماوية)

Meydana gelmesinde kişinin irade ve seçiminin etkili olmadığı, diğer bir ifadeyle kazanılmış değil karşılaşılmış fakat ehliyeti olumsuz etkileyen haller, irade dışı (semâvî) ehliyet ârızalarını oluşturur. Bu kapsama giren hallerin oluşumunda iradenin rolü bulunmadığı gibi ortadan kalkmasında/kaldırılmasında da doğrudan etkili değildir.

Semâvî ehliyet ârızalarının nelerden oluştuğu konusunda tam bir fikir birliği yoksa da, çocukluk (sığâr), akıl hastalığı/delilik (cünûn), akıl noksanlığı/bunama (ateh), bayılma (iğmâ), uyku (nevm), unutma (nisyân), aybaşı hali (hayız), loğusalık (nifâs), ölümcül hastalık (maraz-ı mevt), ölüm (mevt) ve kölelik (rık) bu kapsamda değerlendirilmiştir.

B. İradeye Bağlı Sebepler (Müktesep Ârızalar: العوارض المكتسبة)

Müktesep ârızalar, meydana gelmesinde mükellefin veya üçüncü şahısların irade ve seçiminin etkili olduğu sonradan kazanılmış durumları ifade eder. Bilgisizlik (cehl), sarhoşluk (sükr), ciddiyetsizlik (hezl), harcamalarda tedbirsizlik

(sefeh), hata, yolculuk (sefer), borçluluk ve iflas, genel özelliği bakımından kişinin bizzat kendisinden kaynaklanan müktesep ârızalar iken, ikrah, başkasından kaynaklanan müktesep ârıza özelliğine sahiptir.

Her iki çeşidiyle ehliyet ârızalarının başta gelen etkisi, kişi için hukukî kısıtlılığa (hacr) sebep olmasıdır. Bu kısıtlılığın kapsamı, ehliyeti daraltan durumlar bakımından farklılık gösterir. Söz gelimi harcamalarında tedbirsizlik gösteren bir kişinin ehliyet bakımından kısıtlılığı ile sarhoşun kısıtlılığı arasında önemli farklar vardır.

Ehliyete etkisi bakımından bu hallerle ilgili genel kural şudur: Ehliyeti tamamen ortadan kaldıran ârızalar kişiyi temyiz öncesi çocukluk (gayr-ı mümeyyiz sabî) dönemine; ehliyette eksilmeye yol açanlar ise, temyiz sonrası çocukluk (mümeyyiz sabî) dönemine götürür ve haklarında bu dönemdeki çocukla ilgili hükümler geçerli olur.

Diğer taraftan ehliyete olumsuz tesir eden hallerden bir kısmının salt varlığı, kişiyi kısıtlı (mahcûr) yaparken (akıl hastalığı ve akıl zayıflığı gibi); diğer bir kısmı için bu sonuç, mahkeme kararına bağlıdır, sırf sebebin varlığı yeterli değildir (harcamalarda tedbirsizlik gibi).

Ehliyeti daraltan sebepler, kişi için bir takım hakların ve borçların doğmasına engel olmaz.[191] Dolayısıyla bu sebeplerden ötürü ehliyetsiz veya eksik ehliyetli sayılanlar (akıl hastaları, ma'tûh, sefîh vb.) mirasçı olabilirler, kendilerine vasiyet yapılabilir, lehlerine vakıf kurulabilir, kendileri için satın alınan malların mülkiyetini kazanırlar. Aynı şekilde aleyhlerine bir takım borçlar da sabit olur. Kanunî temsilcileri olan velî veya vasîlerinin onlar adına yapabildikleri satış vb. hukukî muamelelerden doğan borçlar, ayrıca nafaka nevinden olan yükümlülükler haklarında sabit olur. Haksız fiillerinden ötürü tazminle de sorumludurlar.

Dikkat edilirse klasik fıkıh ve usûl literatüründe bir şekilde hükümde farklılaşmaya sebep olan her durum ehliyet ârızası olarak değerlendirilmiştir. Bu farklılaşmanın, mükellefiyetin oluşmaması, bazı yükümlülüklerden muaf tutulmayı gerektirme, aslî hükmün yerini daha hafif hükmün alması, açıklanan iradeye hüküm bağlanmaması, üçüncü kişilerin haklarını koruma bakımından tasarruf sınırlamasını gerektirmesi şeklinde tezahür etmesi, ârıza değerlendirmesinde etkili görülmemiştir.

191 Mecelle, md.980

Hukuk tekniği bakımından konunun, ehliyetin temel unsuru (idrak ve temyiz kabiliyeti) ekseninde bir değerlendirmeye tabi tutulması daha isabetli olacaktır. Konu bu temelde ele alındığında akıl zayıflığı/bunama (ateh), akıl hastalığı/delilik (cünûn), sarhoşluk (sükr) ve harcamalarda tedbirsizliğin (sefeh) ehliyeti daraltıcı özelliğe sahip oldukları görülür.

1. Akıl zayıflığı (ateh: العته)

Ateh, akıldaki idrak ve anlama noksanlığından doğan zayıflığı ifade eder. Diğer bir ifadeyle ateh, anlayışı noksan, söz ve davranışları tutarsız, işlerinde tedbiri eksik kişiler için kullanılır ve bu durumda olanlara *ma'tûh* denir. Bu hal, yaşlılık sebebiyle bunaklık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, buna bağlı olmaksızın da görülebilir.

Akıl zayıflığı, akıl bakımından kusursuzluk halinden farklı olduğu gibi akıl hastalığından da farklıdır. Âkil, söz ve eylemleri düzgün olup nâdiren bozukluk görülendir. Mecnûn bunun tam zıddıdır. Ma'tûh ise, söz ve fiillerinde düzen bulunmayan, bazen düzgün, bazen de bozukluk görülen kişi demektir. Dolayısıyla ehliyet açısından ma'tûh, mecnûn ya da âkil bâliğ olanlarla aynı muameleye tabi tutulamaz.

Akıl zayıflığı, akılsal işlevdeki bir yetersizlik, bir azgelişmişlik, bir duraklama ya da gerileme durumunu ifade etmekle birlikte, bu kişiler çoğu zaman mümeyyizdirler. Bu itibarla akıl zayıflığı, hukukî işlemler bakımından her zaman aynı etkiyi meydana getirmediğinden, olayın meydana geldiği sırada kişinin mümeyyiz olup olmadığının araştırılması gerekir.

İdrak ve temyiz kudretini ortadan kaldırmayan fakat normal reşîd kimselerin idrak derecesinden aşağı bir dereceye indiren akıl zayıflığı kişiyi ehliyet bakımından mümeyyiz küçükler seviyesine indirir. Alım-satım, kira gibi malî sonucu bulunan tasarrufları itibariyle mümeyyiz çocuk için yapılan üçlü ayırım (tamamen yararına, tamamen zararına ve hem yarar hem de zarar ihtimali bulunan tasarruflar) aynen burada da geçerlidir. Bu çerçevede boşama tamamen aleyhte olan hukukî tasarruflardan kabul edilmiş ve geçersiz sayılmıştır. Nitekim bir hadis-i şerifte, *"Ma'tûhunki müstesna her talak geçerlidir"*[192] buyrulmuştur. Ceza hukuku bakımından ise, ma'tûh, had ve kısas cezalarının tatbikine ehil değildir, fakat diyet ödemekle yükümlüdür. İbadetlerle mükellef olduğu görüşünde olan fakihler bulunmakla birlikte çoğunluğu oluşturan fıkıh bilginlerine göre ma'tûh, ibadetlerle mükellef değildir.

192 Buhârî, "Talâk", 11; Tirmizî, "Talâk", 15; İbn Mâce, "Talâk", 15

2. Akıl hastalığı (cünûn: الجنون)

Cünûn, söz ve fiillerin nâdir haller dışında normal cereyan etmesini engelleyen akıl bozukluğu demektir. Fıkhî sonuçları bakımından bir zihnî rahatsızlığın cünûn kapsamında değerlendirilebilmesi için bu hastalığın kişiyi temyiz gücünden yoksun kılıcı özellikte olması gerekir. Dolayısıyla akıl hastalığı denilince bundan tıbbî anlamda bir hastalık değil, niteliği ya da etkileri gereği temyiz kudretini engelleyen aklî bir bozukluk anlaşılmalıdır. Diğer taraftan akıl hastası sayılan bazı kişilerde zaman zaman gelen nöbetlerin etkisiyle ve nöbet sırasında temyizin ortadan kalktığı, buna karşılık nöbet dışındaki zamanlarda da kişinin bir durgunluk dönemine girdiği, yani temyiz kudretine sahip olduğu görülmektedir. Sara, histeri, sıtma nöbetleri gibi. Bütün bunlarda dikkate alınacak olan husus, kişinin belirli bir işlemi yaparken, hastalığın onun temyiz kudretini etkileyecek derecede olup olmadığıdır.

Akıl hastalığı, doğuştan-sonradan baş gösterme (aslî-ârızî) ve sürekli-geçici (mutbık-gayrı mutbık) olmak üzere kısımlara ayrılır. Akıl hastası olarak ergenlik çağına ulaşma *(cünûn-ı aslî)*, halinde, edâ ehliyetinden ve dolayısıyla kısıtlılıktan söz edilmeyecektir. Bu gruba giren akıl hastaları tam ehliyetsizdirler. Fakat ergenlik çağına zihnen sağlıklı şekilde ulaştıktan sonra akıl hastalığına dûçâr olma *(cünûn-ı ârızî)* durumunda, ehliyet kısıtlılığı söz konusudur. Bu noktada akıl hastalığının zaman zaman ortaya çıkması *(cünûn-ı gayrı mutbık)* ile süreklilik arz etmesi *(cünûn-ı mutbık)* arasında, hakları bizzat kullanma ve tasarruf yetkisi bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte süreklilik arz etmeyen cünûnda, hasta olmadığı dönemlerde kişi tam ehliyetlidir; dolayısıyla tasarrufları, normal âkil bâliğ kişilerin tasarrufları gibi geçerlidir.[193]

Akıl hastalığı, kişiyi şer'î teklifi anlama gücünden yoksun bıraktığından, deli teklife ehil yani mükellef değildir. Teklife engel oluşturan bir halin edâ ehliyetine engel olacağı ise açıktır. Zira edâ ehliyetinin temelini idrak ve temyiz gücü oluşturur; bu itibarla akıl hastası, edâ ehliyeti bakımından yapılan ayırımda, gayrı mümeyyiz çocukla birlikte ehliyetsizler grubunda yer alır. Hz. Peygamber'in (s.a.), *"Üç kişiden sorumluluk kaldırılmıştır: Bulûğ çağına kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan ve şifa buluncaya kadar akıl hastasından"*[194] şeklindeki beyanı, bunun açık delilidir.

---

193 Mecelle, md. 979, 980

194 Buhârî, "Talâk", 11

Diğer taraftan fakih ve usûlcüler arasında cünûn sebebiyle kısıtlılık için yargı kararının gerekip gerekmediği hususunda farklı ictihadlar bulunmakla birlikte, mecnûnun hukuken kısıtlı (mahcûr) oluşu noktasında fikir birliği vardır.

Vücub ehliyetine bağlı olan hak ve sorumluluklar deliler hakkında da geçerlidir. Bu noktada deli, gayri mümeyyiz çocukla aynı hükümlere tabidir. Ceza hukuku alanına giren malî cezaların, bizzat suçu işleyen fâil (akıl hastası) tarafından mı, yoksa hata ile işlenen adam öldürme suçlarında olduğu gibi *âkile* denilen fâilin yakın akraba grubu tarafından mı ödeneceği İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. İmam Şâfiî (ö.204/819) diyetin bizzat akıl hastası fâilin mallarından, fakihlerin cumhuru ise âkile tarafından ödenmesi gerektiği görüşündedirler.

Akıl hastası edâ ehliyeti bakımından ehliyetsizler grubunda yer aldığından, ibadetlerin edâsıyla yükümlü olmadığı gibi cezaî sorumluluğu da yoktur. Yine mecnûnun irade açıklamaları hukukî sonuç doğurmaz ve kendisine yapılan irade açıklamalarına da hukukî sonuç bağlanmaz.

3. Sarhoşluk (sükr: السكر)

Sarhoşluk, içki içme, uyuşturucu madde vb. kullanma sonucu, ayıldıktan sonra yaptıklarını hatırlamayacak şekilde aklî dengenin kaybolması durumudur.

Farklı düşünenler olmakla birlikte fakih ve usûlcülerin genel görüşüne göre sarhoşluk, kişiye dinî-hukukî teklifin yönelmesine engel değildir. Dolayısıyla sarhoş, şer'î hükümlerle mükelleftir. Sarhoşluğun, dinî-hukukî teklifin gereklerini yerine getirme sorumluluğu, hukukî işlemlerin geçerliliği ve sonuçları, hukukî fiillerin medenî-cezaî sorumluluğunu üstlenme konularındaki etkisi ise, meydana gelme şekline göre değerlendirilir. İçki vb. sarhoş edici maddeleri bilmeden, cebir ve tehdit (ikrâh) sonucu veya zaruret altında alma ya da ilaç gibi yenilip içilmesi mubah olan şeylerin tüketilmesi suretiyle meydana gelen sarhoşluk *(mubah/helal yolla meydana gelen sarhoşluk)*, o esnada edası zorunlu ibadetler bakımından herhangi bir dinî sorumluluk doğurmaz; şu var ki kaza yükümlülüğü düşmez. Ayrıca bu kişinin irade açıklamalarına hukukî sonuç bağlanmaz, bedenî cezaya ehil değildir.

Sarhoşluk, bilebile içki ve benzeri maddeler alınmak suretiyle meydana gelmişse, bunun, ibadetlere, cezaî sorumluluğa, boşama, alım-satım gibi hukukî işlemlere etkisi hususunda, birbirinden tamamen farklı iki ictihad ortaya çıkmıştır.

Birinci ictihada göre, sarhoşluk ehliyete olumsuz etki etmez. Zira içki içen veya uyuşturucu madde alan kimse, bunun kendisini normal düşünmekten ve davranmaktan alıkoyacağını bilerek ve sonuçlarını göze alarak sarhoşluk veren maddeyi almıştır. Ayrıca bir suç, başka bir suçu meşru kılmak veya en azından cezasından kurtulmak için kullanılamaz. Dolayısıyla sarhoşluk, cezâî ehliyeti de medenî ehliyeti de daraltan bir etkiye sahip değildir. Bu değerlendirme, sarhoşun irade açıklamalarının muteber olmasına değil, kişiyi sarhoş olmasından ötürü cezalandırma esasına dayanmaktadır. Hanefîler, Mâlikîlerin çoğunluğu ve bazı Şâfiî ve Hanbelî fakihleri bu görüşü savunmuşlardır.

Konuyu sarhoşluğun meydana getirdiği sonuç (kişiyi normal düşünmekten ve davranmaktan alıkoyma) açısından değerlendiren ikinci yaklaşıma göre, sarhoşluk edâ ehliyetini geçici olarak kaldırır. Dolayısıyla sarhoş, had-kısas grubuna giren bir suç işlemesi durumunda had ve kısas ile cezalandırılmaz. Zira sarhoş için tam bir suç kastından söz etmek mümkün değildir. İrade açıklamaları da böyledir. Sarhoşun sözleri, geçerli iradeye dayanmadığından hüküm doğurmaz. Dolayısıyla boşama, hukukî işlemlerde bulunma gibi tasarrufları geçersizdir. Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), bir görüşe göre İmam Şâfiî (ö.204/819) ve bazı Mâlikî fakihler bu görüştedirler.

4. Harcamalarda tedbirsizlik (sefeh: السفه)

Sefeh, gerçekte aklî melekeleri yerinde olmakla beraber, kişiyi aklın ve şer'î esasların gereğine aykırı tarzda davranmaya yönlendiren ârızî bir tedbirsizlik hali olup bu durumda bulunan kişiye *sefîh* denir[195]. Sefehin mahiyeti ve hükme etkisi noktasındaki yaklaşımlar, temelde şu âyeti kerimeye dayanmaktadır: *"Allah'ın, geçiminize dayanak kılıp koruyasınız diye sizin sorumluluğunuza bıraktığı malları, sefîhlere vermeyin; ama bu mallarla onların yeme-içme ve giyim ihtiyaçlarını karşılayın, onlarla nazik bir şekilde konuşun".*[196]

Fakih ve usûlcülerden bazıları, malını dinin yasakladığı şekilde/işlerde (kumar, içki, israf vb.) harcayanların da sefîh olduğunu söylemişlerse de, çoğunluğun benimsediği görüşe göre sefeh, akıl ve tecrübe itibariyle harcamalarda tedbirsizliği ifade eder ve bununla sınırlıdır. Sefeh, tecrübe ve tedbir noksanlığını ifade ettiğinden edâ ehliyetini ortadan kaldırıcı bir etkisi yoktur. Nitekim sefîh, ibâdetlerin tamamıyla mükelleftir, işlediği suçlardan ötürü cezaî sorumluluğu

195 Bk. Mecelle, md.946

196 en-Nisâ 4/5

tamdır. Ebû Hanîfe gibi bazı fakihlere göre, malî tasarrufları da, onlardan beklenen hukukî sonuçları doğuracak şekilde geçerlidir. Aralarında Hanefî müctehidlerden Ebû Yûsuf ve Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî'nin de bulunduğu çoğunluk görüşüne göre ise sefeh, malî sonuçları bulunan tasarruflar bakımından kısıtlılık (hacr) sebebidir. Dolayısıyla mümeyyiz küçüğün malî tasarruflarıyla ilgili hükümler, sefîh için de geçerlidir.

Ergenlik çağına ulaşmış olmasına rağmen malında akl-ı selimin gereklerine uygun davranış sergileme noktasında yeterli gelişimi gösterememiş kişilere *(sefeh-i aslî)*, Zâhirîlere göre malı teslim edilir ve malında dilediği gibi tasarrufta bulunur. Diğer fıkıh mezhepleri ve fakihlere göre ise, en-Nisâ sûresinin 5 ve 6. âyetleri gereği bu kişilerde rüşd belirtileri görülünceye kadar malları teslim edilmez. Yalnız Ebû Hanife (ö.150/767) ve diğer bazı müctehidler, yirmibeş yaşına gelmiş bir kişide rüşd belirtilerinin mutlaka ortaya çıkacağı öngörüsüyle, yirmibeş yaşındaki bir şahsa reşîd olsun ya da olmasın mallarının teslim edileceği ve kısıtlılığın söz konusu olamayacağı görüşündedir. Cumhura göre ise, rüşdün yaşla bir ilgisi yoktur; kişi reşîd oluncaya kadar hakkında kısıtlılık uygulaması devam eder.

Bir şahıs, aklı başında bulûğ çağına ulaşmış ve tam edâ/fiil ehliyetine sahip olduktan sonra sefeh halinin baş göstermesi *(sefeh-i arızî)* durumunda ise, Ebû Hanîfe ve Zâhiriyye mezhebine göre, sefeh sebebiyle hacir kararı verilemez. Çoğunluğu teşkil eden Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî, Ca'ferî mezhebleri ile Hanefîlerden Ebû Yûsuf ve Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî gibi fakihlere göre ise, sefeh kısıtlılık (hacr) sebebidir. Zira en-Nisâ suresinin 5 ve 6. âyetlerinde malî konularda tam edâ ehliyeti, ergenlik ve rüşd şartlarının birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Sefeh, sadece malî sonuçları bulunan tasarruflar itibariyle ehliyette bir daralmaya sebep olur. Bunun dışındaki hususlar bakımından ise, akıl ve idrak kabiliyetine sahip ve ergenlik çağına ermiş herkes, dinî-hukukî hükümler bakımından tam ehliyetlidir.

Sefeh halinin mevcudiyetinin, yargı kararına gerek bırakmaksızın kişiyi kendiliğinden kısıtlı (mahcûr) yaptığı görüşünde olanlar bulunmakla birlikte, bu halin tespiti, kısıtlılık uygulaması ve kısıtlılığın sona ermesi süreçlerinin tamamının yargı kararına bağlı olduğunu savunan çoğunluk görüşü, bilhassa hukukî istikrar ve emniyeti sağlama bakımından daha isabetlidir.

Diğer taraftan sefehin kısıtlılık gerekçesi olarak değerlendirilmesi, başta sefîhin bizzat kendisi olmak üzere fert ve toplum yararının gözetilmesi düşüncesine dayanır. Bu hususta hem sefîh, hem de üçüncü kişiler ve toplum maslahatı bakımından bir denge gözetilmeye çalışılmıştır. Şöyle ki, sırf aleyhine olan hususlarda sefîhin ehliyeti tamamen kısıtlanmış, lehine olanlarda tam edâ/fiil ehliyetine dokunulmamış, hem yarar hem de zarar ihtimalinin bulunduğu işlem ve tasarruflar ise, kanunî temsilcisinin izin veya kabulüne bağlanmıştır.

VI. Kısıtlılık (Hacir) ve Hukukî Temsil

Tam ehliyetsiz ya da eksik ehliyetlilerin, şahsî ihtiyaçlarının karşılanması, malvarlıklarının muhafazası ve yönetimi, sosyal hayatta karşılıklı ilişkiler ağının gerektirdiği hakların takibi, borçların ifası gibi işlerin, bizzat bu kişiler tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Fakat bunların birileri tarafından üstlenilmesi ve gereğinin yapılması da zorunludur. Aksi takdirde hem bu kişiler hem de toplum kaçınılmaz biçimde çeşitli ihmal ve zararlarla karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla bir bütün halinde ehliyet teorisinin ortaya konulması, kısıtlılık ve hukukî temsil konularının da tahlilini gerektirmektedir.

A. Kısıtlılık (Hacir: الحجر)

Tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetlilerin tek başlarına hukuken geçerli tarzda sözlü tasarrufta bulunamamasına *hacir*, hacir altına alınan kişiye de *mahcûr* denir. Hacrin temel özelliği, kişinin tamamen ya da kısmen başkasının kontrolünde ve denetiminde olmasıdır.

Bir kişiden sadır olan hukukî tasarruflar, sözlü ve fiilî olmak üzere iki kısma ayrılır. *Sözlü tasarruflar*, söz, yazı, delâlet gibi beyan yollarıyla ortaya konulan irade açıklamalarıdır. *Fiilî tasarruflar* ise, şahsa ve mala dönük olmak üzere hukukî sonuç doğuran eylemlerdir.

Fakih ve usûlcüler hacri tanımlarken, *"kişiyi malî tasarruftan alıkoyma"*, *"sözlü tasarruftan menetme"* gibi ifadelerle, hacrin malla ilgili sözlü tasarruflarla sınırlı oluşuna vurgu yaparlar. Dolayısıyla adam öldürmek, yaralamak, kendisine veya başkasına ait bir malı telef etmek gibi fiilî tasarruflar bakımından hacirden söz etmek mümkün değildir.

Hacir, ehliyetle yan yana zikredilen bir kavramdır ve tam edâ/fiil ehliyetinden yoksun bulunanlar için başvurulan bir uygulamadır. Bununla birlikte fıkıh usûlü ve furû-ı fıkıh literatüründe hacir kavramı oldukça kapsamlı şekilde

kullanılmıştır. Şahsın ehliyet bakımından tam ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetli olması yanında, iradesini serbestçe ifade edemediği (mükreh), kişinin malına başkalarının hakkının taalluk ettiği vb. durumlar için de hacirden söz edilmiştir. Bu itibarla, klasik literatürde hacir sebebi olarak değerlendirilen hususların aynı zamanda ehliyet ârızası kabul edildiğine dikkat edilmelidir. Ehliyete tesir eden ve onu daraltan durumlar ele alınırken belirtildiği üzere, bu konuda farklı bir yaklaşımın benimsenmesi durumunda, klasik literatürde hacir sebebi sayılan her hususun, gerçekte ehliyet ârızası olmadığı görülecektir. Dolayısıyla bu iki durum arasında bir gereklilik ilişkisi yoktur.

Fukaha ve usûlcüler arasında küçüklük, delilik, bunaklık, kölelik, umuma zarar vermek ve ölümcül hastalığın hacir sebebi olduğunda ittifak; sefeh, gaflet (belâhet, aptallık) ve borçluluğun hacri gerektirmesinde ise ihtilaf vardır. Daha farklı bir ölçütten hareketle konuyu, tam ehliyetsiz olduğu için mahcûr olanlar (gayrı mümeyyiz çocuk ve deli böyledir) ve eksik ehliyetli olup mahcûr olanlar (mümeyyiz çocuk ve ma'tûh gibi) şeklinde iki kısma ayırmak da mümkündür.

Öte yandan hacir, *hükmî hacir - kazâî hacir* olmak üzere iki kısma ayrılır. Mahcûr olması için yargı kararına ihtiyaç bulunmayanlar hakkında hükmî, mahcur sayılması ancak yargı kararıyla olanlar için ise kazâî hacirden söz edilir. Doğrudan doğruya mahcur olanlar, küçükler, deliler, bunaklar ve ölümcül hasta olanlardır.[197] Bunlar hakkında mahkemenin ayrıca hacir kararı alması, zaten mevcut olan halin hukuken ilanı anlamına gelir. Mahcur olmaları için yargı kararı gerekenler ise, sefîhler, eblehler, borçlular ve umuma zarar verenlerdir. Bunlar hakkındaki hacir kararı, yeni bir hukukî durum tespiti/hüküm inşası mahiyetindedir. Mahcûr olmaları mahkeme kararına bağlı olanlardan hacrin kalkması da yargı kararıyla olur.

Hacrin amacı, haklarını muhafazadan aciz olanları korumak, başkalarını zarara sokacak durumda bulunanların haksız ve zararlı davranışlarına mani olmaktır. Yani hacir ile başta bizzat mahcûrun kendisinin yahut başka bir şahsın veya toplumun maddî-mânevî menfaati korunmak istenmektedir. Bu uygulamayla yararı gözetilenler açısından hacir;

- Kısıtlı yararınadır: Çocuk, sefîh, akıl hastası gibi.

- Diğer kişiler yararınadır: Müflisin, borçlunun, ölümcül hastanın hacri gibi.

197 Mecelle, md.957

B. Hukukî Temsil (Vekâlet, Velâyet, Vesâyet: الوكالة، الولاية، الوصاية)

Tam edâ/fiil ehliyetine sahip bulunanlar üzerinde hiç kimse herhangi bir yetkiye sahip değildir. Dolayısıyla bu kişiler, dinî-hukukî fiil ve tasarruflarının onlardan beklenen sonucu doğuracak şekilde gerçekleşmesi hususunda, kimsenin izin ya da onayına muhtaç değildir.

Fakat ehliyetsiz (gayrı mümeyyiz küçük gibi) ya da eksik ehliyetliler (mümeyyiz küçük gibi), şahısları ve malları konusunda diledikleri gibi karar alamazlar, tasarrufta bulunamazlar. Bu sebeple bunlara, edâ ehliyeti kısıtlı kişi anlamında *kâsır* denir. Bu hususlarda haklarını koruyacak, ihtiyaçlarını giderecek bâliğ-reşîd birisine ihtiyaç duyarlar. Aksi takdirde kimi haklardan mahrum kalacaklar, bazı önemli fırsatları kaçıracaklar, zarara uğrayacaklar, topluma karşı görevlerinde de kusurlar baş gösterecektir. İşte böyle bir durumda akla gelen ilk husus hukukî temsildir.

Vekâlet, velâyet ve vesâyetten her biri, genel anlamda tasarruf konusunda bir şahsın başka birisinin yerini alması demek olan hukukî temsil (niyâbet) çeşitleridir. Hukukî temsil ise, ihtiyârî ve icbârî olmak üzere iki kısımdır.

İhtiyârî olan hukukî temsile *vekâlet* denilir ki, bir şahsın dinen ve hukuken ehil olduğu ve niyâbet kabul eden hususlarda kendi adına hareket etmek üzere ehliyet sahibi birisini yetkilendirmesidir. Vekâlet verene *müvekkil*, vekâleti üstlenene *vekîl*, vekâletin konusuna/yapılacak işe ise *müvekkelün bih* veya *müvekkelün fîh* denir.

Niyâbetin icbârî olanına ise *velâyet* denilir. Tam edâ ehliyetinden yoksun bulunanların şahıs ve mal varlıklarıyla ilgili hususlarda tam ehliyetli bir kişinin yetkilendirilmesine *velâyet*, bu şekilde yetkilendirilen şahsa ise *velî* denir.

Şayet *kâsır* kişi üzerindeki yetkilendirilme, sadece malî konularla sınırlı tutulmuşsa, buna vesâyet, bu şekilde yetkilendirilen kişiye de *vasî* (mûsâ ileyh) denir. Vasînin, kişinin akrabalarından olması tercih sebebi ise de, bu zorunlu değildir; mahkeme uygun gördüğü bir kişiyi vasî tayin edebilir.

Velâyet ve vesâyette, kâsır şahsın buna rızasının bulunup bulunmamasının önemi yoktur. Öte yandan bu iki yetkinin, tek şahısta toplanması da mümkündür. Bu ortak özellikler yanında iki temsil şekli arasında, yetkinin kaynağı ve kapsamı açısından fark vardır.

Velâyet, soya (nesebe) bağlı olarak doğrudan kanundan kaynaklanan hukukî temsili; vesâyet ise, mahkemenin tayini ile gerçekleşen temsili ifade eder. Kapsam açısından ise, kural olarak velî, tam edâ ehliyetinden yoksun bulunan kişinin, beslenme, giyim-kuşam, sağlık, eğitim, terbiye ve evlendirilme gibi şahsıyla ilgili hususlarda yetkili temsilcidir. Bu itibarla velî, velâyeti altında bulunan kişinin, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korur. Aynı şekilde çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular. Diğer taraftan velî, üçüncü kişilere karşı velâyeti altında bulunan şahsın kanunî temsilcisidir. Dolayısıyla velî, şahıs üzerinde velâyet yetkisine sahip kişi demektir.

Vasînin yetki alanı ise, malî konularla sınırlıdır. O da aynı şekilde, vesâyeti altında bulunan şahsın maslahatının gözetilmesi esas olmak üzere, malının korunması, değer kaybının önlenmesi, nemâlandırılması gibi hususlarda gerekli kararları alıp uygulamaya yetkilidir; hukukî işlemlerde onun temsilcisidir.

Hukukî temsil konusunda önemli bir husus da şudur: Velâyet, kişinin başkasının işlerini görme selâhiyeti olduğundan, tam edâ ehliyeti velâyete engeldir. Zira tam edâ ehliyeti, şahsın kendi işlerini bizzat deruhte etme yetkinliğini ifade eder. Bu itibarla ehliyetsiz veya eksik ehliyetli olanlar, tam edâ ehliyetine kavuşunca, şahıs ve malvarlıkları üzerindeki velâyet sona erer. Fakat tam edâ ehliyeti vekâlete engel değildir. Zira kişi kendi işlerini bizzat üstlenip yerine getirebileceği gibi, vekâlet yoluyla da gördürebilir.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Acar, H. İbrahim, "İslâm Hukukunda Evlenme Ehliyeti Bakımından Küçüklerin Evlendirilmesi Problemi", *Dinî Araştırmalar*, 2003, cilt: VI, sayı: 16, ss. 125-140

Ali Haydar (Büyük) (ö.1903), *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, İstanbul, t.y.

Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 1998.

Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, İstanbul 1994, X, 533-539.

Çalış, Halit, *İslâm Hukukunda Ehliyet Teorisi (Ehliyet Ârızaları Ekseninde Farklı Bir Bakış)*, Konya 2004.

Çolak, Mücahit, "İslâm Hukukunda Ceza Ehliyeti Açısından Yaş Küçüklüğü", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2011, sayı: 35, ss. 103-124.

Ebû Zehra, Muhammed (ö.1974), *Usûlü'l-fıkh*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, t.y.; Türkçe yayımı: İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü), (çev: A. Şener), Ankara 2005.

Görgülü, Hasan Ali, "İslâm Hukukunda Kadının Malî Velâyeti ve Malvarlığı Üzerindeki Tasarruf Ehliyeti" , *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005/1, sayı: 14, ss. 25-57.

Hallâf, Abdülvahhab (ö. 1956), *İlmu usûli'l-fıkh*, Kahire, t.y.; Türkçe yayımı: *İslâm Hukuk Felsefesi* (çev. H. Atay), Ankara 1973, 1985.

Koçak, Muhsin, "Ehliyete Tesiri Açısından Sarhoşluk", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1991, sayı: 5, ss. 91-119.

Koçak, Zeki, "İslâm Hukuk Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları", *Diyanet İlmi Dergi*, 2003, cilt: XXXIX, sayı: 4, ss. 31-54.

Şa'bân, Zekiyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (çev: İ. K. Dönmez), Ankara 1990.

Şener, Abdülkadir, "İslâm Hukukunda Hacr" *(Makaleler, Tebliğler ve Diğer Yazılar)*, İzmir 2001 (103-130).

Uzunpostalcı, Mustafa, "İslâm Hukuku Açısından Ehliyet", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006, sayı: 8, ss. 149-182.

______ "İslâm Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2007, sayı: 9, ss. 67-100.

Zeydân, Abdülkerim, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkh*, Beyrut 1987; Türkçe yayımı: *Fıkıh Usûlü* (çev: R. Özcan), İstanbul 1993.

AKİT TEORİSİ

GİRİŞ

Sosyal hayatın tabii gereği olarak insanlar, çok değişik konularda karşılıklı ilişkiler kurarlar. İnsan varlığının devamından, beslenme, barınma gibi ihtiyaçların karşılanmasına varıncaya kadar pek çok husus, dinin ve hukukun belirlediği ilke ve hükümler doğrultusunda iradeye dayalı karşılıklı ilişkileri zorunlu kılmaktadır. Zira kişiler, hem her zaman kendilerine yeterli gelemezler, hem de ihtiyaç fazlası mâmeleklerini maddî-mânevî açıdan değerlendirmek isterler. İşte bütün bunlar genellikle akit yani hukukî işlem ve sözleşmelerle gerçekleşir.

Klasik fıkıh kitaplarının *"muâmelât"* genel kavramıyla ifade edilen kısmının temel konusunu akitler *(büyû':البيوع)* oluşturur. Klasik fıkıh literatüründe bey akdi, borçlar hukukundaki diğer akit türleri ve borçlar hukukunun genel hükümleri bakımından model akit konumunda olduğundan, akitlerle ilgili temel ilke ve hükümler, *"büyû'"* başlığı altında ayrıntılı biçimde işlenir. Bunun yanında fıkıh literatürünün oluşumunda izlenen yöntem (kazuistik/meseleci yöntem) gereği genel bir akit teorisi yerine, evlenme (nikah/zevâc), kira (icâre), şirket gibi konu ve kavramlar çerçevesinde akit türleri, özelliğine ve mahiyetine göre ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte bilhassa fıkhın genel ilke ve kurallarını konu edinen kavâid literatüründe akitlerle ilgili bir takım genel kuralların tespit edildiğini de belirtmek gerekir.

I. Akit Kavramı

Fıkıh bilginleri akit kavramını, kendisine hukukî sonuç bağlanabilen hukukî işlemlerin tamamını ifade etmek üzere oldukça geniş yelpazede kullanmışlardır. Buna göre, hem vasiyet gibi tek taraflı hukukî işlemler hem de alış-veriş, kira gibi karşılıklı ve birbirine uygun iki iradeyle kurulan sözleşmeler akit teriminin

kapsamına dâhil olmaktadır. Hatta zaman zaman nezir (adak), yemin gibi şer'î tasarruflar için de akit kavramının kullanımı söz konusu olmuştur. Bu geniş çerçevede, hukukî bir sonuç elde etmek amacıyla irade beyanı ile gerçekleşen hukukî işlemlerin tamamı akit mefhumuna dâhil olmaktadır.

Bununla birlikte akit kavramının dar anlamda kullanımı daha yaygındır. Buna göre akit, bir konu üzerinde hukukî bir sonuç elde etmek amacıyla birbirine uygun karşılıklı iki iradenin buluşmasıdır. Mecelle'nin (md. 103) ifadesiyle *"akid, tarafeynin bir hususu iltizam ve teahhüd etmeleridir ki, îcâb ve kabûlün irtibatından ibarettir"*.

II. Akdin Şartları

Bir akdin, kendisinden beklenen sonuçları meydana getirecek şekilde kurulup işlerlik kazanması bir takım şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Hanefîler bu şartları, akdin hukukî varlık kazanması *(in'ikâd)*, bu varlığın hukuken geçerli kabul edilmesi *(sıhhat)*, hükümlerini doğuracak şekilde işlerliği *(nefâz)* ve nihayet taraflar açısından bağlayıcılık vasfı elde etmesi *(lüzûm)* aşamalarına göre değerlendirmişler, akdin hükümsüzlüğünü de bu çerçevede ele almışlardır. Buna göre, kuruluş şartlarından birisi eksik olan akit *bâtıl*, sıhhat şartlarında eksiklik bulunan akit *fâsit*, işlerlik şartlarından birisi bulunmayan akit ise *mevkûf*tur (yürürlüğü askıda).

Cumhur ise, şer'î yasakların yorumu konusundaki metodolojik farklılığın[198] da etkisiyle, Hanefîlerin kuruluş ve geçerlik şartı şeklindeki ayırımını aynı kategoride değerlendirmişler; bu şartlardaki eksikliği tek yaptırıma tabi tutarak bunu, eşanlamlı olmak üzere bâtıl ve fâsit kavramlarıyla ifade etmişlerdir. Bu ünitede, konu Hanefîlerin yaklaşımı çerçevesinde ele alınacak, yeri geldikçe farklılıklara işaret edilecektir.

A. Kuruluş Şartları

Akit kelimesinin sözlük anlamı, düğüm demektir ve düğüm, ipin iki ucunun bir noktada buluşmasıyla gerçekleşir. Kelimenin sözlük anlamıyla paralel biçimde fıkıh terimi olarak akit de, bir konu üzerinde karşılıklı iki iradenin buluşması olunca, taraflar (âkideyn), irade beyanı (îcâb-kabûl) ve konu (mahal, ma'kûdun aleyh) olmadan bir akitten söz edilemeyeceği açıktır. Muayyen bir

198 Bilgi için bir fıkıh usûlü kitabının *"Nehiy"* bölümünü okuyunuz.

konu üzerinde olmaksızın irade açıklamasının abes oluşu ve sadece bir kişinin beyanıyla karşı taraf bakımından da yükümlülük doğuran bir hukukî işlemden söz edilemeyeceği ifade edilmek suretiyle akdin unsurunun irade beyanından ibaret olduğu da söylenebilir ki, Hanefîler konuyu bu şekilde ele almışlardır. Akde varlık kazandıran unsurlar, öğrenme ve tahlil kolaylığı da sağlayacağından, taraflar, irade beyanı ve konu olmak üzere üç başlıkta ele alınacaktır.

1. Taraflar

Evlenme akdinde (nikâh), evlenmek üzere iradelerini ortaya koyan bir kadın bir erkek; satım sözleşmesinde (bey'), biri satıcı diğeri müşteri; kira akdinde (icâre) ise, birisi mal sahibi, diğeri kiracı olmak üzere asgarî iki kişi bulunur. Karşı taraf açısından da yükümlülük doğuran her sözleşme (akit) böyledir. Dolayısıyla akdin tarafları, birbirleriyle akit ilişkisine giren gerçek ve tüzel kişileri ifade eder.

Karşılıklı borç doğuran ıvazlı (bedelli) akitlerde, tek kişi iki tarafı temsilen akit yapamaz. Bu, akde konu nesnenin teslim edilmesi, teslim alınması, teslimi talep etme gibi hakların, temsil olunana değil bizzat akdi gerçekleştirene ait olmasının bir sonucudur. Sadece Hanefîler, nikah akdiyle sınırlı olmak üzere hukuken yetkili bir kişinin akdin iki tarafını temsilini mümkün görmüşlerdir.

Kişinin bir akde bizzat taraf olması mümkün olduğu gibi, onun adına başkasının hukukî işlem tesis etmesi de mümkündür. Bunlardan ilki, akit ehliyetini gerektirir; ikincisi ise, hukukî temsil çerçevesinde değerlendirilir.

a. Akit ehliyeti

Akit, taraflar açısından bir takım yükümlülükler doğurur. Ayrıca bir sözleşme her zaman yararlı/kârlı neticeler vermeyebilir; zararlı çıkmak da mümkündür. Dolayısıyla kişinin irade açıklamalarına hüküm bağlayabilmek için, sözlerinin sonuçlarını hesap edebilecek, sorumluluğunu üstlenebilecek aklî olgunluğa ve asgarî tecrübeye sahip olması gerekir. Bunun için ise, hukukî kişilik yeterli değildir, ayrıca sahip olunan hakları bizzat kullanabilme, iradesiyle yükümlülük altına girebilme yetkinliğinin *(edâ/fiil ehliyeti: أهلية الأداء)* de olması gerekir.

Akit ehliyeti, kişinin başkasının izin ya da onayına bağlı olmaksızın bizzat kendisinin akit yapabilme yetkinliğini ifade eder. Dolayısıyla tam ehliyetsizler (gayrı mümeyyiz çocuk, deli gibi) ile irade açıklamalarına hüküm bağlanabilmesi kanunî temsilcilerinin (velî, vasî) izin ya da onayına bağlı olanlar (mümeyyiz çocuk, ma'tûh, sefîh gibi) tam akit ehliyetinden yoksundurlar.

Bu noktada Şâfiîler, bâliğ olmayanların velîlerinin izni olsa bile hukukî işlem kuramayacaklarını savunurken, Hanefîler, temyiz kudretine sahip olanların, malvarlıklarında hem artış hem de eksilme meydana getirebilen alım-satım gibi akitleri, velînin önceden vereceği izin ya da sonradan onayı (icâzet) ile kurabileceklerini söylerler. Mâlikîler, Hanefîlerin görüşüne yakın bir tutum benimserken, Hanbelîler, bunun ancak izinle mümkün olduğu kanaatindedirler.

Aklî dengesi yerinde, ergenlik çağına gelmiş, malında dinin ve aklın gereklerine uygun hareket edebilen kişiler ise, tam akit ehliyetine sahiptirler. Şu halde akit ehliyeti için âkil bâliğ olmak yeterli değildir, ayrıca reşîd[199] olmak da gerekmektedir. *"Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri (gözetip) deneyin, eğer onlarda akılca bir olgunlaşma (rüşd) görürseniz hemen mallarını kendilerine verin"*[200] âyet-i kerimesi bu hükmün hukukî temelini oluşturur.

Bu değerlendirme, malî sonuçları bulunan hukukî işlemler bakımından söz konusudur. Nikah akdi için ise, kız-erkek, dul-bekâr ayırımı gözetmeksizin aklî dengesi yerinde ve bulûğa ermiş herkes, Hanefîlere göre tam akit ehliyetine sahiptir, yani velî izin veya onayı gerekmeksizin nikâh akdine taraf olabilir. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlerin oluşturduğu cumhura göre ise, ister bekâr olsun ister dul, kadın ancak velîsi vasıtasıyla evlenebilir. Yani kadın tek başına nikâh akdinin tarafı olamaz.

Akit ehliyetine sahip bulunanlar, farklı gerekçelerle akdî ilişkinin tarafı olarak bizzat kendileri bulunmayabilir. Aynı şekilde ehliyetsiz ya da eksik ehliyetlilerin mal varlıklarının korunması, ihtiyaçlarının karşılanması gibi durumlar, hukukî işlem tesisini gerektirebilir. Bu tür durumlarda hukukî temsil / niyâbet müessesesi devreye girer.

b. Hukukî temsil

Hukukî temsil (niyâbet), tasarruf konusunda bir şahsın başka birisinin yerini alması demektir.

Ehliyet teorisi işlenirken de belirtildiği üzere hukukî temsil, *ihtiyârî* ve *icbârî* olmak üzere iki kısımdır. İhtiyârî olan hukukî temsile *vekâlet*, icbârî olana ise *velâyet* denir. Vekâlet, kişinin dinen ve hukuken ehil olduğu ve niyâbet kabul eden hususlarda kendi adına hareket etmek üzeri ehliyet sahibi birisini

---

199 Akit ehliyetinin temel unsurunu oluşturan *rüşd*, aklî ve fikrî olgunluğu, diğer bir ifadeyle malî konularda normal seviyede tedbirli ve basiretli davranma melekesini ifade eder. Bu özelliklere sahip olanlara *reşîd* denir.

200 en-Nisâ 4/6

yetkilendirmesidir. Velâyet ise, tam ehliyetten yoksun bulunanların şahıs ve mal varlıklarıyla ilgili hususlarda tam ehliyetli bir kişinin yetkilendirilmesi demektir. İslâm hukukunda akit teorisiyle ilgili yeni yayımlanan bir kitabı kendisi adına satın alması için bir kişiye yetki vermesi vekâlet, bir dedenin, yetim torununu ilkokula kaydettirmesi ve çocuğun malvarlığından okul masraflarını karşılaması velâyettir. Bu yetkilendirme malî konularla sınırlı tutulmuşsa buna *vesâyet*, bu şekilde yetkilendirilen şahsa ise *vasî* denir[201].

İhtiyârî ve icbârî hukukî temsilin her ikisinde de bir yetkilendirme söz konusudur, yani yetkili niyâbetten söz edilmektedir. Şahsın bizzat kendisi veya yetkili mahkeme tarafından tayin edilmeksizin başkası adına bir hukukî işlemin tarafı olma durumuyla da karşılaşılabilmektedir. Bu tür durumlarda ise, yetkisiz temsilden söz edilecektir.

b1. Yetkili temsil (vekâlet-velâyet: الوكالة-الولاية)

Vekâlet, konusu bakımından *genel-özel*, geçerlik süresi ve bağlı kalınması gereken şartlar açısından ise *mutlak-mukayyed* kısımlarına ayrılır. Bu ayrımlarda önemli husus, vekîlin, müvekkilin belirlediği çerçeve ve şartlara bağlı hareket etmesinin hukuken zorunlu olmasıdır. Dolayısıyla belirlenen çerçevenin dışına çıkmadığı sürece akdin hükümleri müvekkil adına geçerlik kazanır, vekilin hiçbir sorumluluğu yoktur. Söz gelimi bir kişi adına vekâlet yoluyla bir mal satın alındığında, malın mülkiyeti, adına sözleşme yapılan kişiye ait olduğu gibi semeni ödeme yükümlülüğü de ona aittir.

Niyâbetin velâyet-vesâyet şeklinde gerçekleştiği durumlarda velî-vasî, her türlü tasarrufunda velâyeti altında bulunan kişinin maslahatını gözetmek zorundadır. Zira velâyet, amacı bakımından ehliyetsiz veya eksik ehliyetlilerin yararının gözetilmesi düşüncesine dayanır ve yetki çerçevesi bu amaçla sınırlıdır. Velînin bu doğrultuda gerçekleştirdiği akitlerden doğan hak ve sorumluluk, velâyet altında bulunan şahsa aittir.

Velâyet altında bulunan kişinin aleyhine/zararına olan işlem tesisine velî yetkili değildir. Dolayısıyla velî, malî bakımdan tamamen aleyhte olan hibe/bağış gibi tasarruflarda bulunamadığı gibi, zarar ihtimalinin yüksek olduğu satım, kira gibi akitlerde de bulunamaz. Buna rağmen gerçekleşen hukukî işlemlerin sonuçlarından, velî şahsen sorumludur.

---

201 Velâyet ve vesâyetin mahiyeti, benzer ve farklı yönleri için, elinizdeki kitabın "ehliyet teorisi" bölümüne bakınız.

b2. Yetkisiz temsil (fuzûlînin tasarrufları)

Bir şahsın hukukî temsilcisi (vekîl, velî-vasî, kayyım) olmadığı halde onun adına hukukî işlemde bulunmaya yetkisiz temsil, bu şekilde hareket eden şahsa ise, *fuzûlî* (الفضولي) denir. Mecelle'nin (md. 112) ifadesiyle *"fuzûlî, bi-gayri izn-i şer'î diğer bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir"*.

Fuzûlînin yaptığı hukukî işlemlerin geçerliliği fıkıh doktrininde tartışma konusu olmuş ve iki temel görüş ortaya çıkmıştır. Aralarında Ebû Hanîfe, İmam Mâlik ve öğrencileri ile Câferî imamlarının da bulunduğu cumhura göre, fuzûlînin tesis ettiği hukukî işlemler mevkûftur. Bu işlemin hüküm ifade edebilmesi ve sonuçlarını doğurabilmesi, adına işlem yapılan kişi ya da temsilcisinin onayına (icâzet) bağlıdır; onay verirse, işlem gerçekleştirildiği andan itibaren yetkili şahıs tarafından yapılmış gibi işlerlik kazanır. Zira *"icâzet-i lâhikâ vekâlet-i sâbıka hükmündedir"*.[202]

Fuzûlînin gerçekleştirdiği hukukî işlemin icâzetle yürürlük kazanabilmesi için, konusu itibariyle akdin niyâbete uygun olması, akdin gerçekleştirildiği esnada icâzet verme yetkisine sahip birisinin bulunması, satıcı, alıcı, icâzet verecek kişi ve akde konu şeyin mevcut olması gerekir. Fuzûlînin, gayrı mümeyyiz bir çocuğun malını satması veya onun sırf aleyhine olan hibe gibi bir işlem gerçekleştirmesi durumunda, mümeyyiz olmayan küçük, icâzete ehil olmadığından işlemin yürürlük kazanma ihtimalinden söz edilemeyecektir.[203]

Yetkisiz temsilcinin hukukî işlemlerinin icâzete mevkûf olduğu görüşünün dayanağını, Resûl-i Ekrem (s.a.) ile iki sahabî arasına gerçekleşen bir olay oluşturur. Buna göre Allah Elçisi (s.a.), Urve b. Ebû'l-Câd adlı sahabîye, koyun satın alması için bir dinar vermiş, o bu para ile iki koyun alıp birisini tekrar bir dinara satmış ve Hz. Peygamber'e (s.a.) bir koyun ve bir dînar getirmiş, durumu öğrenince Resûlullah (s.a.) memnun olmuş ve ticarî faaliyetlerinin bereketli olması için ona dua etmiştir.[204]

İmam Şâfiî (ö.204/819), Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), Dâvûd b. Ali (ö.270/883) ve Ebû Sevr (ö.240/854) gibi müctehidlere göre, akit yapma yetkisi bulunmadığından fuzûlînin hukukî işlemleri geçersizdir. Nitekim Hz. Peygamber

202 Mecelle, md. 1453
203 Mecelle, md. 378
204 Buhârî, "Menâkıb", 28

(s.a.) kişinin yanında bulunmayan şeyi satmasını yasaklamıştır.[205] Bu yasak, mevcut olmayan malın satışını kapsadığı gibi, kişinin mülkiyetinde olmayan veya satmaya yetkili bulunmadığı malı satmasını da kapsamaktadır. Fuzûlî, tesis ettiği hukukî işlemin konusunun ne mâlikidir ne de satmaya yetkilidir.

2. İrade Beyanı (îcâb-kabûl: الإيجاب-القبول)

İrade beyanı, bir hukukî işlemi gerçekleştirmeye ilişkin iradenin dışa yansımasını ifade eder. Akit teklifinde bulunmaya *îcâb*, bu teklife uygun olumlu karşılığa ise *kabûl* denir.

Akitler, ihtiyacın sonucudur ve meşruiyeti sağlayan temel ölçü, tarafların o işleme rızasının bulunmasıdır. *"Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret hali dışında, mallarınızı aranızda bâtıl (haksız ve gayrı meşru yollar) ile yemeyin"*[206] şeklindeki ilahî buyruk ile, *"Rızası olmadığı sürece bir müslümanın malı helâl değildir"*[207] tarzındaki nebevî irşad, akit-rıza ilişkisini açıkça ortaya koymaktadır.

Esasen rıza, tamamen kişinin iç dünyasına ait sübjektif bir durumdur ve açıklama olmadan başkaları tarafından bilinmesi ve hukukî hayatı etkilemesi mümkün değildir. Kaldı ki açıklanan/dışa yansıyan irade ile içteki irade her zaman uyumlu olmayabilir de[208]. Bununla birlikte şahsın normal şartlarda ve serbestçe dışa yansıyan irade açıklamasının, objektif bir ölçü olmak üzere içteki rızayı yansıttığı düşünülür ve hukukî işlemler bu açıklanan iradeye bina edilir.

Rızanın dışa vurumu söz, yazı, işaret, teâtî (alma-verme) veya sükût biçiminde olabilir. Bütün bunlarda belirleyici ölçüt, kişilerin hukukî işlemin kuruluşu sırasında bu işleme rızalarının bulunduğunu gösteren bir söz söylemeleri ya da davranış sergilemeleridir. Bu ölçütten hareket edildiğinde, sözlük anlamı ya da örfî kullanımı itibariyle akde rızaya delâlet eden her kelime ve zaman kipi ile irade beyanında bulunmak mümkündür. Fıkıh bilginlerinin, şimdiki zaman (muzârî), soru (istifhâm) ve emir kipleriyle, ayrıca kinâyeli sözlerle akit kurmanın mümkün olup olmadığı hususundaki ayrıntılı değerlendirmeleri, bilhassa

---

205 Ebû Dâvûd, "Büyû'", 68; Tirmizî, "Büyû'", 19

206 en-Nisâ 4/29

207 Müsned, V, 72, 113

208 Hanefîlere göre rıza ile ihtiyar, farklı muhtevaları yansıtan kavramlardır. Rıza, kişinin iç dünyasında oluşan gerçek kabulü, ihtiyar ise birden fazla şey arasında şahsın seçimini ifade eder.

geçmiş zaman kipi (mâzî sîgası) kullanılmasının gerekliliğine özel vurgu yapmaları, Arapçanın özelliklerine ve o yönde oluşan örfî kullanıma bağlı olarak, anlık rızaya delâlet hususundaki hassasiyetin sonucudur.

Söz/lafız ile ilgili bu bilgiler, güvenilirliği hususunda şüphe bulunmayan yazı/mektup hakkında da aynen geçerlidir[209]. Hangi anlama geldiği bilinen işaretler de, sözlü beyan gibi değerlendirilir. Mecelle'nin (md. 70, 174) ifadesiyle *"Dilsizin işâret-i ma'hûdesi lisân ile beyân gibidir", "Dilsizin işâret-i ma'rûfesiyle bey' mün'akid olur"*[210].

Sözlü veya yazılı irade açıklamasında bulunmadan, âdeten satılmak üzere konulmuş bir şeyi alıp bedelini bırakma şeklindeki alma-verme eylemi (*teâtî*), Şâfiîlere göre irade beyanı olarak değerlendirilmezken, diğer mezhep ve müctehidler, nikâh dışındaki akitlerin teâtî ile kurulmasının mümkün olduğu kanaatindedirler. İbn Teymiyye (ö.728/1327) gibi bazı müctehidler nikâhta da teâtînin irade beyanı olarak değerlendirilebileceği görüşündedirler.

Kural olarak susana söz isnat edilemez ve bu hal irade beyanı olarak değerlendirilemez. Mecelle'deki (md. 67) ifadeyle *"Sâkite bir söz isnat olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyândır"*.

İrade beyanıyla ilgili olarak, beyan edilen iradenin içteki iradeyi tam olarak yansıtma noktasında şaibeli olması ve irade beyanının bağlayıcılığı konuları önem arz etmektedir.

a. Rıza ayıpları / İradeyi sakatlayan haller

Bir takım belirti ve karinelerden hareketle açıklanan iradenin gerçek iradeyi tam olarak yansıtmadığı hususunda kuvvetli zan oluşturan haller, rıza ayıpları olmaktadır.

Hukukî işlemlerin geçerliliğinde belirleyici unsur rıza yani iç iradedir. Dolayısıyla dışa yansıyan irade beyanının geçerli bir hukukî sonuç doğurabilmesi için, ehliyet kaynaklı olması yanında iç iradeyle uyumlu olması, onu şaibeli hale getirmemesi de gerekir. Acaba hangi durumlarda rızanın ayıplı oluşundan söz edilebilir? İradeyi sakatlayan hallerde öncelik iç iradeye mi yoksa dış iradeye mi verilir? Diğer bir ifadeyle iradenin saygınlığı ile teamülün istikrarı prensiplerinden hangisi öncelenir?

209 Mecelle, md. 69, 173

210 Md. 70, 174

Fıkıh doktrininde rıza ayıpları hususunda genel bir teori geliştirme yoluna gidilmemiş, rızanın meşruiyette tayin edici rol oynadığı hukukî işlemlerin hükümleri açıklanırken, iradeyi şaibeli hale getirdiği düşünülen sebeplere de, konuyla ilgisi oranında temas edilmiştir. Bu tür tikel hükümlerden hareketle ve ülkelerindeki pozitif hukukun da etkisiyle çağdaş dönem fıkıh araştırmacıları genellikle, ikrah, hile (tedlîs) ve hata (ğalat) olmak üzere üç irade ayıbından söz etmişlerdir.

İkrah, cebir ve tehdit kullanarak kişiyi normalde razı olmayacağı bir söz veya davranışa zorlamaktır. *Hile (tedlîs:* التدليس*)* ise, herhangi bir hukukî işlem yapmak isteyen kişinin, kasten yanlış bir kanaat uyandırılarak yanıltılmasıdır. İkrah ve hilenin ortak yönü, iradesi sakatlanan kişinin pasif konumda bulunması, karşı tarafın ise bu eylemlerinde kasıtla hareket etmesidir. İkrahta kişinin gerçek iradesi zor kullanılarak baskılanmakta, hilede ise, değişik yöntemler kullanılarak kişide yanlış bir kanaat oluşturulmakta, yanıltılmaktadır.

İrade ayıplarından bir diğeri olan *hata (ğalat:* الغلط*)* ise, kasta bağlı olmaksızın insandan sadır olan yanlışlık demektir ve sözde, zanda, fiilde veya hem zanda hem fiilde meydana gelebilir. Hata, genellikle akdin konusuna, bazen de akdin ilgili bulunduğu kişinin şahsına ilişkin kasıtsız bir şekilde gerçekleşen uygunsuzluk biçiminde kendini gösterir. İkrah ve hile, kişinin pasif konumda bulunduğu rıza ayıpları iken, hata, şahsın aktif olduğu fakat kastının bulunmadığı, mevcut duruma da normalde rıza göstermediği yanılgıya karşılık gelir.

Akdin kuruluşu esnasında açıklanan iradenin gerçek iradeyi tam olarak yansıtmama hallerini ifade eden bu ayıplar yanında, akdin hukuken geçerli tarzda kurulmasından sonra umulmadık bir şekilde karşılaşılan ve bu haliyle akdin hükmünü uygulamayı sorunlu veya imkânsız kılan irade ayıplarından da söz edilebilir. *İhtilâlü't-tenfîz* (اختلال التنفيذ) denilen bu duruma, satılan malda aldatma olmaksızın gözden kaçan bir ayıbın, akdin kuruluşundan sonra ortaya çıkması, akit konusu malın daha önceden kiraya verilmiş veya rehin bırakılmış olduğunun anlaşılması örnek gösterilebilir.

Rızayı zedeleyen durumlarda, dışa vurulan iradeye mi yoksa gerçek durumu ifade eden içteki rızaya mı itibar edileceği fakihler arasında tartışılmış, bunlardan her birinin akde tesiri ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu hususlarda Hanefîler genellikle objektifliği yani beyan edilen iradeyi dikkate

alırken, Mâlikî ve Hanbelîler, bu gibi durumları, açıklanan iradenin gerçek iradeyi/rızâyı yansıtmadığının müşahhas göstergeleri olarak değerlendirmişler ve dışa yansıyan iradeye hüküm bina etmemişlerdir. Şâfiîler ise, Hanefîlere yakın bir tutum benimsemişlerdir.

b. İrade beyanının bağlayıcılığı

İrade açıklamasının taraflar açısından bağlayıcılık vasfı kazanması, karşılıklı ve birbirine uygun bu iki iradenin irtibatına göre değerlendirilir. Tek başına îcâb, Mâlikîler dışındaki fakihlere göre îcâbda bulunan (mûcib) açısından bağlayıcı değildir. Mûcib, karşı tarafın kabulünden önce îcâbından vazgeçebilir, îcâbını değiştirebilir ve buna *vazgeçme muhayyerliği (hıyâru'r-rucû: خيار الرجوع)* denir. Aynı şekilde îcâbın yöneldiği kişi de, bu teklifi kabul edip etmemekte serbesttir, buna da *kabul muhayyerliği (hıyâru'l-kabûl: خيار القبول)* denir.

Birbirine uygun iki irade açıklamasının bir noktada buluşmasıyla akit kurulmuş olur. Taraflar akdin gerçekleştirildiği mekanı *(meclis)* terk etmedikleri sürece irade beyanından tek taraflı dönme imkanının bulunup bulunmadığı hususu *meclis muhayyerliğ (hıyâru'l-meclis: خيار المجلس)* ile ifade edilir. Resûl-i Ekrem (s.a.), *"Satıcı ve müşteri birbirinden ayrılmadıkça muhayyerdirler"* buyurmuştur[211]. Hanefî ve Mâlikîler, hadiste belirtilen ayrılmayı, akdin olumlu veya olumsuz bir sonuca bağlanması yani sözle ayrılma şeklinde anladıklarından, meclis muhayyerliğinin olmadığı görüşünü benimsemişlerdir. Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise, ayrılmadan kasıt, tarafların maddî/bedenî birlikteliğinin sona ermesidir ve taraflar aynı mecliste bulunmaya devam ettiği sürece akdi devam ettirme ya da sonlandırma konusunda seçim hakları vardır.

Îcâb ve kabûl ile akdin kurulabilmesi için, beyan edilen iradelerin aynı mecliste ve birbirine uygun olması şarttır. Meclis birliği, mekân birliğinden ziyade, akit görüşmelerinin ihlal edilmediği, îcâbın kesintiye uğramadan kabûl ile birleşinceye kadar geçen zamanı ifade eder.

Fakihlerin cumhuruna göre îcâb ve kabûl ile akit tamamlanır ve hükümleri işlemeye başlar. Ancak hibe, âriyet, vedîa, karz ve rehin gibi akitlerde, akdin tamamlanabilmesi için îcâb ve kabûl yeterli değildir, akit konusu şeyin teslimi de gerekir. Bu tür akitlere *aynî akitler* denir.

211 Buhârî, "Büyû'", 42-44; Müslim, "Büyû'", 17, 43

3. Akdin Konusu

Akdin hükümlerinin kendisinde ortaya çıkıp gerçekleştiği şey akdin konusunu oluşturur ve akit türlerine göre farklılık gösterir. Alım-satım, rehin gibi *muâvazât* (iki tarafa karşılıklı borç yükleyen) akitlerde akdin konusu *"ayn:eşya"*, kira, âriyet (ödünç) gibi akitlerde *"menfaat"*, ziraat/tarım ortakçılığı (müzâraa) ve hizmet akitlerinde ise, *"emek/iş"*tir.

Akde konu şeyin şu şartları taşıması gerekir:

a. Akdin konusu hukuken meşru ve yararlanılabilir (*mütekavvim*) olmalıdır. Yararlanmanın dinen ve hukuken yasaklandığı içki, domuz gibi şeyler *gayrı mütekavvim* diye nitelendirilir ve üzerine akit kurulamaz.

b. Akdin yapıldığı sırada mevcut olmalıdır. Fıkıh doktrininde mevcut olmayan şeyin (*ma'dûm*) satışı bâtıl kabul edilmiştir. İbn Teymiyye (ö.728/1327) ve İbn Kayyım el-Cevziyye (ö.751/1350) gibi fakihler, mevcut olma şartını, *ğarara* yani belirsizliğe ve buna bağlı olarak taraflardan birisinin zarar görürken diğer tarafın haksız kazanç elde etmesine sebep olma açısından değerlendirmişlerdir.

c. Akitle yüklenilen sorumluluğun (edimin), fiilen ve hukuken imkânsız olmaması gerekir.

d. Akde konu şey belirlenmiş veya belirlenebilir olmalıdır.

B. Geçerlik (Sıhhat) Şartları

Karşılıklı rıza üzerine kurulu bir akitte, tarafların hak ve sorumluluklarının açık bir şekilde belirlenmesi, rızayı zedeleyecek ve anlaşmazlığa yol açacak bilinmezlik ve belirsizliklerin bulunmaması, taraflardan birisi zarara uğrarken diğerinin haksız kazanç elde etmesine zemin hazırlanmaması, mutlaka göz önünde bulundurulması ve âzamî dikkat edilmesi gereken hususlardır. Bu çerçevede akdin başlıca sıhhat şartları, akdin, cehâlet, ğarar ve fasit şart içermemesidir.

1. Bilinmezlik (cehâlet: الجهالة)

Cehâlet, konu veya bedel bakımından akdin bilinmezlik içermesi demektir. Değişik marka ve kalitede ürünlerin bulunduğu bir reyondan miktarını veya özelliklerini tayin etmeksizin gömlek satma ya da ödeme zamanını belirlemeden vadeli satış yapma gibi.

Fıkıh doktrininde borç ilişkilerinde ve hukukî işlemlerde, bilhassa iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, işlemin konusunun belirli ve biliniyor (*muayyen* ve *ma'lûm*) olması üzerinde hassasiyetle durulmuştur. Bilinmezliklerin, tarafların

akitle kazandıkları haklar ve yüklendikleri sorumluluklar bakımından anlaşmazlığa yol açacağı aşikârdır. Hâlbuki akitlerde, anlaşmazlığa sebep olmayacak şekilde açıklığın sağlanması gerekir.

Bununla birlikte hemen her sözleşme, belli düzeyde bilinmezlik ihtiva edebilir. Fakat her bilinmezlik akdin sıhhatini olumsuz etkilemez; olumsuz etki meydana getiren bilinmezlik, aşırı olan bilinmezliktir *(el-cehâletü'l-fâhişe:* الجهالة الفاحشة*)*. Fıkıh bilginleri aşırı bilinmezliği, *"taraflar arasında anlaşmazlığa/çekişmeye yol açması kuvvetle muhtemel olan bilinmezlik"* şeklinde tarif etmişlerdir. Bu ölçüdeki bilinmezlik akdin geçerliliğine (sıhhat) engeldir.[212] Ancak bu halin dünyevî hüküm bakımından karşılığı, Hanefîlere göre fâsit şeklinde ifade edilirken, cumhura göre bâtıldır.

2. Belirsizlik (ğarar: الغرر)

Ğarar ve cehâlet kavramları zaman zaman birbirinin yerine kullanılmışsa da, ğararın, akdin konusuyla ilgili belirsizliği, cehâletin ise bilinmezliği ifade eden bir terim olarak kullanımı yaygınlık kazanmıştır. Buna göre ğarar, bir borç ilişkisinde akde konu edilen şeyin haksız kazanca yol açacak ölçüde belirsizlik taşıması, akıbetinin kapalı olması demektir.

Hz. Peygamber (s.a.) ğarar satışını yasaklamıştır. Hadiste *"bey'u'l-ğarar"* şeklinde ifade edilen bu yasak, fıkıh bilginleri tarafından iki şekilde anlaşılmıştır:

a. Ğarar özelliği taşıyan şeylerin satımı: Akde konu edilen şeyin bizzat kendisi, cinsi, türü noktasında belirsizliklerin bulunduğu satımlar bu şekildedir. Elektronik mağazasındaki herhangi bir bilgisayarı, depodaki herhangi bir malı, türünü belirtmeksizin bir hayvanı, ağa takılacak balıkları önceden satmak gibi.

b. Ğarar özelliğinin hâkim olduğu satım şekilleri: Bir satım içerisinde iki satım yapma *(bey'atân fî bey'a / safkatân fî safka)*; taş, ok gibi bir şey atıp üzerine düştüğü şeyi satma *(bey'u'l-hasât)*, içinde ne olduğu bilinmeyen ambalaj/kılıf içindeki malı dokunarak satma *(bey'u'l-mülâmese)*, tarafların elbise gibi ellerindeki bir şeyi karşılıklı atmaları suretiyle satım yapma (*bey'u'l- münâbeze*) gibi Câhiliye devrinde uygulanan fakat Allah Resûlü'nün (s.a.) yasakladığı işlemler de ikincisine örnektir.

Ğarar yasağı, hukukî işlemin taraflarını, akdin makul sonucu olmayan yükümlülüklerden, beklenmedik risk ve zararlardan korumayı ve böylece rızalarının zedelenmemesini amaçlar. Ğararın akde etkisi fıkıh bilginleri arasında farklı

---

212 كل جهالة تؤدي إلى النزاع، فهي مفسدة للعقد

değerlendirmelere konu olmuştur. Anne karnındaki yavrunun, kaçmış hayvanın, ağa takılacak balığın önceden satışı gibi akdin konusunu neredeyse yok düzeyine indiren ğarar, fakihlerin ittifakıyla akdi hükümsüz (bâtıl) kılar. Akde konu edilen nesnenin miktarı, özellikleri, vadesi hususundaki ğararın müeyyidesi ise, cumhura göre akdin fâsit/bâtıl, Hanefilere göre ise fâsit olmasıdır.

3. Fasit Şart ve Fâiz Yasağı

Tek taraflı yarar sağlayan, bedellerin belirsizliği sebebiyle çekişmeye yol açan, dinin ve hukuk düzeninin yasakladığı bir şeyi içeren, akdin muhtevasına ve yapısal amaçlarına, yerleşik uygulamalara aykırı olan şartlar, fâsit şartlardır.

Fâsit şartların yasaklanması, tarafların gelecekte mağdur olmalarını önleme, böylece hak ve hukukunu koruma amacı güder. Nitekim Hz. Ali (r.a.), satım sözleşmesinde bedellerin, taraflardan hiçbirisi haksızlığa uğramayacak, zulme yol açmayacak ölçüde belirlenmiş olması gerektiğini ifade etmiştir.

Akdi fâsit kılan şartların başında *fâiz (ribâ: الربا)* şartı gelmektedir. İslâm'ın iktisadî faaliyetlere ilişkin temel yasaklarından olan fâiz, akdin kuruluşu esnasında, müşahhas iktisadî bir değere karşılık olmaksızın tek taraflı yarar sağlayan bir şartın ileri sürülmesi ya da bu şekilde elde edilen fazlalık demektir. Birçok âyet ve hadisin açık ve kesin beyanlarıyla fâiz, bütün türleriyle dinen haramdır ve hukuken akdi ifsâd edicidir.

Klasik dönem fıkıh bilginlerinin fâiz konusundaki görüşlerinin genel çerçevesi şu şekilde ifade edilebilir:

- Fâizden söz edebilmek için, fazlalığın muayyen miktarda olması ya da oransal değeri önemli değildir; hem basit hem de mürekkeb fâiz haramdır. *"Ey iman edenler! Kat kat arttırılmış olarak fâiz yemeyin; Allah'ın belirlediği sınırları aşmaktan sakının ki kurtuluşa eresiniz"*[213] âyetinde "kat kat arttırılmış" ifadesi, fâizin gerçekleşme şartına değil, âyetin nâzil olduğu dönemde toplumda yaygın biçimde uygulanan olguya işaret etmektedir. Bu hususta icmâ gerçekleşmiştir. Çağdaş dönemde, ribâ-fâiz ayırımında bulunmak suretiyle İslâm'da yasaklananın fâiz değil ribâ olduğu, bunun da mürekkeb fâize karşılık geldiği şeklinde bazı iddialarla karşılaşılmışsa da, bu tür değerlendirmelerin, sahabe neslinden itibaren nesiller boyu devam eden ve fiilen gerçekleşmiş icmâ karşısında herhangi bir geçerliliğinden söz edilemez.

---

213 Âlü İmrân 3/130

- Hem fazlalık fâizi *(ribe'l-fazl: ربا الفضل)* hem de veresiye fâizi *(ribe'n-nesîe: ربا النسيئة)* haramdır. Fazlalık faizi, mislî malların misliyle değişiminde bedellerden birinin diğerinden fazla olması; veresiye faizi ise, farklı türdeki mislî malların biri veresiye olmak üzere değişimi ya da vadeli borçlarda vadeye karşılık alacağın miktarını arttırma şeklinde gerçekleşen faizdir.

- Resûl-i Ekrem (s.a.) *"Altına karşılık altın, gümüşe karşılık gümüş, buğdaya karşılık buğday, arpaya karşılık arpa, hurmaya karşılık hurma, tuza karşılık tuz birbirine eşit ve peşin olarak değiştirilir/satılır. Malların sınıfları değişirse peşin olmak şartıyla istediğiniz gibi satın"* buyurmuştur.[214] Bu hadis-i şeriften hareketle fıkıh mezhepleri fâizin gerekçesini *(illet)* farklı şekillerde tespit etmişlerdir: Hanefî, Hanbelî, Ca'ferî ve Zeydî mezheplerine göre fâizin illetini, cins ve ölçü birliği (cins ma'a'l-kadr); Mâlikî ve Şâfiîlere göre ise, cins ve para (cins ve semeniyyet) ya da cins ve gıda maddesi (cins ve tu'miyyet) oluşturur. Bu bağlamda mübâdele esasları ise şöyledir: Her iki illette de birleşen mallar eşit ve peşin değiştirilir. 10 gram altını 10 gram altın ile değiştirmek gibi. İlletlerden sadece birinde ortak olan mallar peşin olmak şartıyla, biri diğerinden fazla olacak şekilde değiştirilebilir. 2 kg. buğday ile 3 kg. arpa mübadelesi gibi (cinsleri farklı, ölçü veya tartıyla değişimleri veya gıda oluşları ortak yöndür). İlletlerden ikisinde de ortak olmayan mallar istenildiği gibi değiştirilebilir. 20 gr gümüş ile 2 kg. mercimek değişimi gibi.

- Fâiz, başta fâiz ödeyen/veren olmak üzere bütün toplumun zarar gördüğü bir işlemdir. Dolayısıyla iktisaden güçlü olanın zayıf olana fâiz ödemesi veya miktar yahut oran itibariyle düşük seviyede olup fâiz yükü altına girenin, elde edeceğini umduğu daha büyük kazanç sebebiyle gönülden razı olduğu fazlalıklar, salt birey merkezli değerlendirilerek bu şekildeki fazlalığın fâiz olmadığı söylenemez.

Hanefîlere göre fâsit şartlar, telafi edilebilir niteliktedir. Hal böyle olunca fâsit şart içeren bir akdi hemen hükümsüz (bâtıl) kabul etmek yerine, taraflara fesâd sebebini ortadan kaldırma ya da düzeltme fırsatı tanımak daha yerinde bir tutumdur. Çünkü dinin ve hukukun amacı, bireylerin sözleşme hürriyetini ve akdî iradelerini kısıtlamak değil, bu yetkilerini, dinin ve hukukun belirlediği yasakları ihlal etmeden, haksız mağduriyetlere yol açmadan kullanmalarını sağlamaktır. Her ne kadar akdin kuruluşu esnasında bir yasağın çiğnenmesi söz

214 Müslim, "Müsâkât", 81; Tirmizî, "Büyû'", 23

konusu ise de, bu ihlâlin ortadan kaldırılmasına veya iyileştirilmesine rağmen kurulmuş bir akdin temelli hükümsüz (bâtıl) olduğunu söylemek isabetli olmaz. Şu var ki, bir yasak normunun ihlalinin devamını hukukun onaylaması mümkün olmadığından, taraflar akdi ifsad edici şartı kaldırmaz veya düzeltmezlerse, ilgili yargı organı tarafından akit feshedilir.

C. Yürürlük (Nefâz) Şartları

Karşılıklı iki iradenin bir konuda buluşmasıyla hukukî varlık kazanan akdin, hüküm ve sonuçlarını derhal doğurmasına engel teşkil eden durumlar, akdin yürürlük şartlarını oluşturur. Bu şart gerçekleşinceye kadar akit askıdadır *(mevkûf)*. Temyiz çağındaki çocuğun yaptığı akit, kanunî temsilcisinin onayına; yetkisiz temsilcinin *(fuzûlî)* yaptığı akit ise, adına hukukî işlem gerçekleştirilen kişinin onayına bağlıdır. Bu işlemlerde onay *(icâzet)*, akdin işlerlik şartıdır.

D. Bağlayıcılık (Lüzûm) Şartları

Kural olarak, bağlayıcı olan hukukî işlemlerde muhayyerlik hakkının bulunmaması akdin lüzûm şartıdır. Taraflardan birinin veya her ikisinin akdi geçerli kılma veya feshetme hususunda seçim hakkının bulunduğu akit, bu hak sahibi bakımından bağlayıcı olmaktan çıkar. Muhayyerlikler ve akde etkisi hususu "*muhayyerlikler*" başlığı altında ele alınacaktır.

III. Akit Çeşitleri

Akitler farklı açılardan tasnife tabi tutulabilir. Akit hukuku bakımından önem derecesine göre bir değerlendirme yapıldığında başlıca akit çeşitleri şunlardır:

A. Geçerlik (Sıhhat) Bakımından

Dinen ve hukuken muteber bir varlığa sahip olup hükümlerini doğuracak şekilde geçerlik kazanma açısından akitleri, *meşru akitler* ve *gayrı meşru akitler* şeklinde iki kısma ayırmak mümkündür. Dinin ve hukukun akdin konusu olmaya uygun gördüğü bir şey üzerinde usulüne uygun biçimde gerçekleştirilen akitler meşru, böyle olmayanlar ise gayrı meşrudur. Nitekim Hanefîler dışındaki cumhur fıkıh bilginleri konuyu bu şekilde değerlendirmiş, meşru olan akitleri sahih; meşru olmayanları ise aynı anlamda olmak üzere fâsit ve bâtıl kavramlarıyla ifade etmişlerdir.

Hanefiler ise, meşru olmayan akitleri tek dereceli bir müeyyideye tabi tutmamışlar, kusur ya da noksanlığı telafi etmek suretiyle akde meşruiyet kazandırma imkânının bulunup bulunmamasına göre iki dereceli bir yaptırım öngörmüşlerdir. Buna göre özdeki kusur butlânı, özelliklerdeki kusur ise fesâdı gerektirir, demişlerdir.

1. Geçerli (sahih) akitler

Unsur ve şartları bakımından herhangi bir noksan/kusur içermeyen akitler sahihtir. Bu tür akitler, kendilerinden beklenen sonuçların tamamını doğurur. Söz gelimi geçerli bir satım sözleşmesinde müşteri akit konusu nesnenin mülkiyetine, satıcı ise semene/bedele; kira akdinde kiracı aynın menfaatine, mal sahibi ise ücrete hak kazanır. Buna bağlı olarak sahih akitle elde edilen hak üzerinde, akdin mahiyeti göz önünde bulundurulmak suretiyle satım, bağış, vasiyet, vakıf, kullanma, tüketme vb. her türlü meşru hukukî tasarruf gerçekleştirilebilir.

2. Geçerli olmayan (fâsit, bâtıl) akitler

Dinî-hukukî açıdan eksiklik içeren, bir yasak normunun ihlâl edildiği hukukî işlemler, bu eksiklik ve ihlâl söz konusu işlemin esasına ilişkin olsun ya da olmasın, Şâri'in hükmünü çiğneme anlamı taşır. Bu şekilde gerçekleşen hukukî işlemlere uygulanacak yaptırım, cumhur fıkıh bilginlerine göre fâsit ile bâtıl eşanlamlı olmak üzere tek derecelidir, işlem hükümsüzdür.

Hanefîlere göre ise, sakatlığın işlemin özünü etkileyip etkilememesine göre iki kademeli bir değerlendirme yapılır. Sakatlığın işlemin özünü etkilememesi diğer bir ifadeyle akdin geçerlik (sıhhat) şartlarından birisinin eksik olması durumunda fesâddan söz edilir. Bu yaklaşım, sakatlığın giderilmesi durumunda işlemin geçerlik kazanmasına imkân tanıma amacı güder. Sakatlığın işlemin özünü ihlal etmesi yani akdin kuruluş şartlarından (unsurlarından/rukünlerinden) birisinin bulunmaması halinde ise butlân müeyyidesi uygulanır. Bu durumun düzeltilmesinin ve işlemin geçerlilik kazanmasının imkânı yoktur.

Bu değerlendirmenin, Hanefî doktrinini esas alın Mecelle'ye (md. 109, 110) yansıması şu şekilde olmuştur: *"Bey-i fâsid, aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan, yani zâten mün'akit olup da bazı evsâf-ı hâriciyyesi itibariyle meşrû olmayan bey'dir", "Bey-i bâtıl, aslen sahih olmayan bey'dir"*. Mümeyyiz olmayan çocuğun, akıl hastasının hukukî işlemleri ile, konusunu domuz, şarap gibi mütekavvim olmayan malların oluşturduğu akitler bâtıldır. Vadeli satışlarda vadenin belli olmadığı, semenin/bedelin miktarının belirlenmediği, fâsit şart ve fâiz içeren akitler ise, bunlar düzeltilebilir olduğundan, fâsittir.

Ebû Hanife'ye (ö.150/767) göre konu (mahal/ma'kûdun aleyh) akdinruknü; semen ise hükmü ve gereğidir. Bu kabulün sonucu olmak üzere şarap, domuz gibi din ve hukuk nazarında mal kabul edilmeyen (gayrı mütekavvim) bir şeyin akdin konusu olması halinde işlem bâtıl; bunların semen olarak belirlenmesi durumda ise fasiddir. Mesela alkollü içkinin para ile satın alınması işlemi bâtıldır, çünkü satıma konu olan şey gayrı mütekavvimdir. Kasaptan alkollü içki karşılığında kuzu eti almak ise fâsittir, çünkü satıma konu olan şey mütekavvim ise de semeni/bedeli gayrı mütekavvimdir.

Batıl ve fâsit akdin hükmü kısaca şu şekildedir:

*** Bâtıl akdin hükümleri:**

- Bâtıl akdin hukukî bir varlığı yoktur, böyle bir sözleşme baştan itibaren hiç yapılmamış gibidir. Dolayısıyla akitten beklenen hukukî sonuçların hiçbirisi oluşmaz.

- Tarafların, normalde akitle yüklenilen sorumlulukları kendi rızalarıyla yerine getirmeleri halinde, verdikleri şeyler iade edilir. Bâtıl bir akitle satın alınan malın, satış gibi hukukî işlemlere konu edilerek elden çıkarılmış olması da iade sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Akde konu nesne, müşterinin elinde emanet sorumluluğuna tabidir; dolayısıyla kusuru bulunmadığı sürece müşterinin oluşan zararları tazmin sorumluluğu yoktur.

- Akdin bâtıl olması, akde dâhil olan veya ona dayalı olarak gerçekleşen şeyleri de bâtıl kılar. Dolayısıyla akitte ileri sürülen şartlar, gerçekleşen ödeme ve kabz, akit sebebiyle yapılan ikrâr ve ibrâ da geçersiz olur.

- Bâtıl akit ve işlemler kendiliğinden geçersiz olduğundan dava açmaya gerek yoktur.

- Bâtıl hukukî işlemler zamanaşımı ile geçerlik kazanmaz.

*** Fâsit akdin hükümleri:**

- Fâsit akit hukukî bir varlığa sahiptir.

- Akit mahallinin tesliminden önce hiçbir sonuç doğurmaz.

- Ya fesad sebebi giderilerek akdin geçerlik (sıhhat) kazanması sağlanmalı, ya da akit feshedilmelidir. Tarafların akdi feshetmemesi halinde, ilgili organ tarafından feshedilir. Kabzdan sonra akdin feshedilebilmesi için, akit konusu nesnenin, hukukî işlemin icrası sırasındaki halini koruması ve üçüncü kişilerin o mal

üzerinde kazandıkları hakları iptal etmemesi gerekir. Fâsit akitle kazanılan malın başka birisine sahih bir hukukî işlemle devredilmesi durumunda, malın mülkiyetini kazanan iyi niyetli yeni mâlikin hakkının korunması, akdin feshine engeldir.

- Akde konu nesnenin teslimiyle birlikte fâsit akit bazı sonuçlar doğurur. Müşteri akit mahalline bir çeşit mülkiyet ilişkisiyle sahip olur. Fakat akdin fesâdı muhtevayı da ifsâd ettiğinden, akit esnasında konuşulan bedel değil emsâl bedel (piyasa değeri) ödenir.

B. Bağlayıcılık Açısından

Tek taraflı iradeyle bozulamayan akitlere *lâzım* (bağlayıcı), bozulabilenlere ise *gayrı lâzım* (bağlayıcı olmayan) akitler denir. Bu çerçevede bağlayıcılık açısından akitler üç kısma ayrılır:

- İki taraf için de bağlayıcı olanlar: Nikâh, satım ve kira akitleri

- Tek taraf için bağlayıcı olanlar: Kefâlet ve rehin gibi

- İki taraf için de bağlayıcı olmayan akitler: Âriyet, vedîa ve vekâlet gibi.

Bir hukukî işlemin bağlayıcı olmaması, ya onun tabiatından kaynaklanır, ya da muhayyerlik hakkının bulunmasından. Kuruluşu karşılıklı iradeye bağlı olan akitlerde kural, bağlayıcılıktır. Bununla birlikte bu akitler, muhayyerlik hakkı içermesi halinde, seçim hakkı sahibi açısından gayrı lâzım hale gelir.

C. Yürürlük İtibariyle

Yürürlük açısından akitler iki kısma ayrılır.

1. Nâfiz: Hiç kimsenin hakkının bulunmadığı, hukukî varlık kazanmasıyla birlikte bütün sonuçlarını doğuran akit nâfizdir.

2. Mevkûf: İşlerlik kazanması kanunî temsilci veya hak sahibinin onayına bağlı olan akde mevkûf denir. Mümeyyiz çocuğun ve fuzûlînin gerçekleştirdiği akit gibi.

D. Konusuna Göre

Akdin konusu ya maldır (para da mal mefhumuna dâhildir) ya menfaattir ya da iştir (taahhüt).

- *Konusu mal/para olan akitler*: Satım, karz (borç), sarf (para değişimi) gibi.

- *Konusu menfaat/yararlanma hakkı olan sözleşmeler*: Kira, âriyet (ödünç) gibi.

- *Konusunu işin/emeğin oluşturduğu akitler*: Vedîa (emanet), mudârabe (emek-sermaye ortaklığı), müzâraa ve müsâkât (tarım ortaklığı) gibi.

E. Bedelli Olup Olmaması Bakımından

- Bedelli akitler *(muâvazât: المعاوضات)*: Her iki taraf için de hak ve yükümlülük doğuran akitler bedelli akitler grubunu oluşturur. Satım ve kira gibi.

- Bedelsiz akitler *(teberrû akitleri: التبرعات)*: Taraflardan sadece biri için hak doğuran/yarar sağlayan sözleşmelere teberrû akitleri denir. Âriyet (ödünç) akdi gibi.

F. Ayna Bağlılık Açısından

- *Aynî akitler*: Akdin tamamlanabilmesi, akit konusu malın teslimine bağlı olan akitlere aynî akitler denir. Hibe, âriyet, vedîa, karz, rehin gibi.

- *Aynî olmayan akitler*: Satım, kira gibi îcâb ve kabûl ile tamamlanan akitlere aynî olmayan akitler denir.

G. İsimli-İsimsiz Oluş İtibariyle

Bey' (satım), icâre (kira), rehin, selem gibi âyet ve hadislerde açıkça ismi geçen akitlere *isimli*, bunun dışında ihtiyaca ve toplumsal şartlara bağlı olarak ortaya çıkan yeni akit türlerine ise *isimsiz akitler* denir.

H. Şekil Bakımından

Hukuka uygun biçimde varlık kazanabilmeleri belirli şekil şartlarına bağlı olan akitlere *şeklî*, herhangi bir şekil şartıyla bağlı olmaksızın sırf irade beyanı ile gerçekleşen akitlere ise *rızaî* akitler denir. Nikah şeklî akitler, satım akdi ise rızaî akitler için model konumundadır.

IV. Akdî Şartlar

Tarafların iradelerine bağlı olup bir akdin hukukî varlık kazanmasını, işleyişini ve hükümlerini belirleyen *ta'lîk, izâfe* ve *takyîd* olmak üzere üç tür şarttan söz etmek mümkündür.

Akdin hukukî varlık kazanmasının gelecekte olması muhtemel bir şarta bağlanmasına *ta'lîk*, bu şekilde gerçekleşen akde *muallak* akit denir. Akdin işleyişinin ve hükümlerinin gelecek bir zamandan itibaren geçerli olmasını ifade eden şart *izâfe*, böyle gerçekleşen akit ise, *muzâf* akit şeklinde isimlendirilir. Bu iki şart türünün de bulunmayıp akdin derhal geçerlik kazanmasına *tencîz*, bu

akde de *müneccez* akit denilmektedir. Akitle birlikte koşulmuş ve akdin gerektirdiği hükümleri ve sonuçları belirlemeyi/değiştirmeyi amaçlayan şartlar ise *takyîd* şarlarıdır. Mesela "Ağustostaki öğretmen atamalarında tayin edilirsen" cümlesi ta'lîk şartı; "Hatimle teravih kılan müslümanlara ramazan boyunca ücretsiz su dağıtman şartıyla" cümlesi takyîd şartı; "Muharrem başından itibaren arabamı sana sattım" ise izâfe şartı mahiyetindedir. Şimdi bu şartlardan her birinin temel özellik ve hükümlerini ele alalım.

A. Ta'lîkî Şartlar

Ta'lîk şartı, şart gerçekleşmediği sürece akdin hukukî varlık kazanmasına engeldir. Bu tür şartların, akit esnasında mevcut olmaması fakat daha sonra gerçekleşmesinin mümkün olması gerekir. Akdin kuruluşunun akit esnasında mevcut bir şarta bağlanması halinde ("yaşıyorsam seninle evlendim" gibi), bu akit muallak değil, müneccez olur yani derhal hükümlerini doğurur. "Yürüyerek bir günde Konya'dan İstanbul'a ulaşırsan..." gibi gerçekleşmesi mümkün olmayan şartlar ise, akdi bâtıl yapar.

Nikâh akdi ile alım-satım, kira, hibe, tarım ortaklığı (müzâraa, müsâkât), ikâle, rehin, muhâla'a gibi, konusunu mal veya menfaatin oluşturduğu ve mülkiyetin devrini doğuran akitlerde ta'likî şart ileri sürülemez. Kefâlet, havâle, vasiyet, vekâlet gibi akitler ise, mahiyetleri ve özellikleri gereği ta'likî şartlara elverişlidir.

B. İzâfe Şartları

Bu nevi şartlarda, akit meclisinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının buluşmasıyla akdin kuruluşu tamamlanmış, sadece işleyişi ve hükümlerini doğurması gelecek bir zamana bağlanmıştır. Ta'likî şartlardan farkı da budur.

İzâfe şartı, akdin kuruluşuyla birlikte mülkiyetin naklini doğuran ve konusunu muayyen bir malın (ayn) oluşturduğu akitlerde (alım-satım, hibe gibi) ve nikah akdinde geçersiz; konusunu menfaatin oluşturduğu akitler (kira, âriyet gibi) ile tarım ortaklığında (müzâraa, müsâkât gibi), ayrıca vasiyet gibi özelliği itibariyle hükmünü zaten gelecekte doğuran sözleşmelerde ise geçerlidir.

C. Takyidî Şartlar

Takyidî şartlar, hem akdin hukukî varlık kazanmasını hem de hükümlerini derhal doğurmasını etkilememesi yönüyle diğer iki şarttan ayrılır. Burada söz konusu olan sadece, genelde akit hürriyeti özelde ise muhtevayı tayin serbestisi

çerçevesinde akdin işleyişinin ve hükümlerinin taraflarca belirlenmesidir. Akitlerde rıza ve iradenin merkezî konumu göz önünde bulundurulduğunda, acaba taraflar akdin muhtevasını belirleme hakkına sahip midir? Şayet böyle bir yetkileri varsa, bu hakkın kapsamı ve sınırı nedir? Takyidî şartlar, akit hukuku itibariyle bağlayıcı mıdır? Bu sorulara fıkıh bilginlerinin verdiği cevaplar özetle şu şekildedir:

1. Bireylerin şart hürriyeti yoktur. Âyet ve hadislerde ismen belirtilenler dışında kişilerin kendiliklerinden ileri sürdükleri şartlar geçersizdir. Nitekim Resûl-i Ekrem (s.a.) Allah'ın Kitabı'nda bulunmayan şartların bâtıl olduğunu belirtmiştir.[215] Kur'ân ve Sünnet metinlerini anlama ve yorumlamada literal/lafızcı yöntemi benimseyen Zâhirîlerin görüşü bu şekildedir.

2. Akdin muhtevasını belirlemede kişilere şart hürriyeti tanınmıştır. *"Ey iman edenler! Antlaşmalarınızın gereğine bağlı kalın!"*[216], *"Müslümanlar, haramı helal, helali haram kılanlar hariç, belirledikleri şartlara uyarlar"*[217] gibi açık naslar ile maslahat ve ihtiyaç ilkeleri bu görüşün hukukî dayanaklarını oluşturur. Zâhirîler dışındaki cumhur fukahâ, prensip olarak şart hürriyetini kabulde ittifak etmişler, ancak takyidî şartların kapsam ve sınırlarını belirlemede ise, ihtilaf etmişlerdir:

a. Hanefî ve Şâfiîlere göre şu şartlar geçerli ve bağlayıcıdır:

- Akdin gereğine uygun olanlar (Mesela peşin gerçekleşen satım akdinde, parayı (semeni) ödeyinceye kadar akit konusu nesneyi müşteriye teslim etmemeyi şart koşmak)

- Akdin gereğini destekler nitelikte olanlar (satım akdinde rehin, karz akdinde kefîl şartı gibi)

- Örf halini almış olanlar (muayyen bir süre garanti şartıyla elektronik ürün satın alma gibi).

Hanefîler, alım-satım, kira gibi iki tarafa da borç yükleyen akitlerde (muâvazât), taraflara veya akdin konusuna yarar sağlayan şartları, karşılıksız menfaat temini sebebiyle ribâ yasağına benzetmişler ve bu tür şartların, kendileri fâsit olduğu gibi akdi de ifsâd edeceğini söylemişlerdir. Dikmesi şartıyla

215 Buhârî, "Büyû'", 67, 74; Müslim, "Itk", 6, 8; Ebû Dâvûd, "Itk", 2
216 el-Mâide 5/1
217 Buhârî, "İcâra", 14; Ebû Dâvûd, "Akdiye", 12; Tirmizî, "Ahkâm", 17

terziden kumaş satın almak, hürriyetine kavuşturması kaydıyla köle satmak gibi. Bu tür şartların yerleşik örf halini alması durumunda, Hanefîlere göre, şartın da akdin de sahih olduğuna dikkat edilmelidir.

Şâfiîler, çok yönlü fayda sağlaması sebebiyle âzad şartıyla köle satımının caiz olduğunu söylemişler, böylece Hanefîlere nispetle iradî şartlar çerçevesini az da olsa genişletmişlerdir.

b. Aralarında ufak farklılıklar bulunmakla birlikte, Mâlikî, Hanbelî, Ca'ferî ve Zeydî mezheplerine göre, naslarla çelişmeyen, bir fayda sağlayan ve haksız zarara yol açmayan her türlü şart muteberdir.

Akitler, insanın bir toplum içerisinde hayatını devam ettirmesinin doğal sonucudur. Kişilerin, hukukî işlemin mahiyetini kendi yararları doğrultusunda serbestçe belirlemeleri de ihtiyaç gereğidir. Esasen takyidî şartları doğuran da ihtiyaçtır. Öyle ki, belli şartların ileri sürülmediği bir akde rastlamak neredeyse mümkün değildir. Dolayısıyla akitlerde belirleyici unsur çoğu kere, sözleşmenin kuruluşu sırasında ileri sürülen şartlar olmaktadır. Hal böyle olunca, bir fayda sağlayan, naslarla çelişmeyen, akdin gereklerine aykırı düşmeyen şartlar geçerli ve bağlayıcı kabul edilecektir. Aksi takdirde, ihtiyaçların giderilmesi konusunda bireyler ve toplum, sıkıntı, meşakkat ve zorluklarla karşılaşacaktır. Bu ise, meşakkat ve darlığın giderilmesi şeklindeki temel ilke ve amaca aykırıdır.

V. Muhayyerlikler (الخيارات)

Taraflardan birisinin ya da her ikisinin, akdi geçerli kılma yahut feshetme hakkına *muhayyerlik* denir. Muhayyerlik, seçim hakkı bulunan taraf açısından akdi bağlayıcı *(lâzım)* olmaktan çıkarır.

Muhayyerlikler, iki tarafa da borç yükleyen *(muâvazât)* bağlayıcı *(lâzım)* akitlerde söz konusu olur. Kuruluşu iki iradeyi gerektirmekle birlikte, çoğunluk fıkıh bilginlerine göre bağlayıcı olmayan âriyet ve karz gibi akitlerde muhayyerlik söz konusu değildir. Aynı şekilde tek taraflı irade beyanı ile kurulan hukukî işlemler, irade açıklamasında bulunan açısından bağlayıcı olmadığından, bu tür akitlerde de muhayyerlikten söz edilemez.

Şart, tayin, nakit muhayyerliği gibi muhayyerlikler, tarafların iradesinden; görme ve meclis muhayyerliği gibi bazıları ise doğrudan doğruya bu hakkı tespit eden nasdan (kanundan) kaynaklanır. Diğer yandan muhayyerlikler,

kendileriyle amaçlanan yararın gerçekleşmesine imkân vermek üzere, akdin hükmünün sabit olmasına veya bağlayıcılığına engel olurlar. Söz gelimi şart muhayyerliği, satıcının muhayyer olması durumunda, satışa konu edilen şeyin mülkiyetten çıkmasına engel olmak suretiyle akdin hükmünün sabit olmasına; görme muhayyerliği sabit hükmün tamamlanmasına; ayıp muhayyerliği de akdin işlerlik kazanmasına engeldir.

Fıkıh doktrininde kırka yakın muhayyerlik çeşidinden söz edilmiştir. Bunlardan yaygınlığı sebebiyle doktrinde ayrıntılı olarak tahlil edilen şart, görme, ayıp ve vasıf muhayyerlikleri kısaca ele alınacaktır.

A. Şart Muhayyerliği (خيار الشرط)

Taraflardan birisinin veya her ikisinin belli bir süre içerisinde akdi onama veya feshetme yetkisine sahip olmasına şart muhayyerliği denir.

Sahabe-i kirâmdan Habân b. Munkız (r.a.) alışverişlerinde hep aldanıyordu. Bu durum ailesi tarafından Resûl-i Ekrem'e (s.a.) bildirilince, o şöyle buyurdu: *"Alışveriş yaptığında, 'aldatma yok, benim üç günlük muhayyerlik hakkı var', de"*[218].

Şart muhayyerliğinin hukukî dayanağını oluşturan bu hadisi, literal yoruma tabi tutan Ebû Hanîfe, Züfer ve Şâfiî, muhayyerlik süresinin üç günü geçemeyeceğini söylemişlerdir. Hadisi makâsıd (amaç, gaye) yorumuna tabi tutan Ebû Yûsuf (ö.182/798), Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî (ö.189/805) gibi müctehidler ile Hanbelî ve Ca'ferîler, belirli olmak şartıyla süre konusunda tarafların serbest olduğu görüşündedirler. Mâlikîlere göre ise, satıma konu malın cinsine göre muhayyerlik, o mal için mûtât olan süreyi aşmamalıdır.

İmam Züfer (ö.158/775) ve bazı Şâfiî fakihler dışındaki cumhura göre, bu yetki, üçüncü bir şahsa da verilebilir. Şâfiî ve Hanbelîlere göre şart muhayyerliği ancak akdin kuruluşu sırasında söz konusu olabilirken, diğer mezhepler akit kurulduktan sonra da şart muhayyerliğini mümkün görürler.

Satım akdinin kurulmasıyla birlikte mebî'in mülkiyeti müşteriye geçer. Akdin hükmü gereği olan bu durumun şart muhayyerliğinin nasıl etkileyeceği, fukaha arasında farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Hanbelîler, şart muhayyerliğinin mülkiyetin müşteriye intikalini etkilemediği görüşünü; Mâlikîler ise mülkiyetin satıcıda kalmaya devam edeceği görüşünü benimsemişlerdir. Hanefî

218 Buhârî, "Büyû'", 48; Müslim, "Büyû'", 48

ve Şâfiîlere göre ise, mebî' muhayyer olmayan tarafın mülkiyetinden çıkar, muhayyer olanın mülkiyetinden çıkmaz. Muhayyerlik süresince akde konu nesnede meydana gelen artışlar gibi, zarar görmesi ya da telef olması durumunda hasar/tazmin sorumluluğu da, mülkiyet kimde ise ona aittir.

Şart muhayyerliği, bedelli, feshe elverişli, akde konu şeyi (mahal) peşin kabzetmenin zorunlu olmadığı bağlayıcı akitlerde geçerlidir. Buna göre, hibe gibi bedelsiz; nikâh, muhâla'a gibi feshe elverişli olmayan; sarf gibi bedellerin peşin teslim alınmasının zorunlu olduğu; vekâlet gibi gayrı lâzım akitlerde şart muhayyerliğinden söz edilemez.

Fıkıh mezhepleri ve müctehidler arasında ayrıntıda bazı görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte şart muhayyerliği, süresi içerisinde akdi onama veya feshetme, bunlardan biri olmaksızın belirlenen sürenin dolması, akde konu malın muhayyer olan tarafın elinde fesih imkânını ortadan kaldıracak şekilde zayi olması ya da ayıplı hale gelmesi veya muhayyer olan tarafın ölümüyle sona erer. Şart muhayyerliği, kişinin irade ve tercihine bağlı şahsî bir hak olduğundan Hanefî ve Hanbelîlere göre vârise intikal etmez, Mâlikî ve Şâfiîlere göre ise eder.

B. Görme Muhayyerliği (خيار الرؤية)

Müşterinin görmeden satın aldığı malı, görüp durumu hakkında kanaat sahibi olduktan sonra akdi onama ya da fesih hakkına sahip olmasına görme muhayyerliği denir.

Görme muhayyerliği, görmeden satın alınan malın özellikleri hakkında yeterli düzeyde bilgi sahibi olunmadığından, akdin temel unsuru olan rızayı etkilemesi sebebiyle meşru kılınmıştır. Nitekim Allah Resûlü (s.a.) görmeden bir mal satın alan kişinin muhayyer olduğunu belirtmiştir.[219]

İmam Şâfiî (ö.204/819), akde konu malın akit meclisinde hazır bulunmasının şart olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla ona göre görülmeyen şey satılamayacağından görme muhayyerliği de yoktur. Cumhur ise, görmeden mal satın almanın mümkün olduğu görüşündedir.

Fukahanın cumhuruna göre malın mülkiyetini ya da kullanım hakkını kazanan kişi için geçerli olan görme muhayyerliğinde görmeden kasıt, malın gözle görülmesi değil, rızaya temel teşkil edecek düzeyde bilgi sahibi olmak olduğundan, nelerin bu anlamda görme sayılacağı malın cinsine ve yerleşik

219 Zeylaî, Nasbu'r-râye, IV,9

uygulamalara göre farklılık gösterir. Sözgelimi binit hayvanının görülmesi binip tecrübe etmek, balın görülmesi tatmak, evin görülmesi içini gezip dolaşmak şeklinde olur.

Bu muhayyerlikte amaç, mal hakkında bilgi sahibi olmak olduğundan, önceden görülen bir mal için görme muhayyerliğinden söz edilemezse de, müşteri açısından malı malum olmaktan çıkaracak kadar bir süre geçmesi durumunda yine görme muhayyerliği geçerli olur. Bu arada standart mallarda numûnenin görülmesi, satın alınacak malın tamamının görülmesi gibidir.

Görme muhayyerliği, akdin hükmünün sabit olmasına değil bağlayıcılığına engeldir. Dolayısıyla sözleşmenin kuruluşuyla birlikte müşteri mebî'in mülkiyetine sahip olduğundan, onu satım, rehin verme gibi hukukî işlemlere konu edinebilir.

Hanefilere göre görme muhayyerliği, nasla sabit ve hukûkullah kapsamında bir hak olduğundan, görmeden önceki onama ile akit bağlayıcılık vasfı kazanmayacağı gibi, kişinin bu hakkından vazgeçtiğini açıkça beyan etmesiyle de (sarih ıskât) düşmez.

Görme muhayyerliği, iki tarafa borç yükleyen, feshe elverişli ve bağlayıcı akitlerde söz konusu olur. Hanefî ve Hanbelîlere göre görme muhayyerliği vârise intikal etmez, Mâlikîlere göre ise eder.

C. Ayıp Muhayyerliği (خيار العيب)

Erbabınca kusur sayılan, mala rağbeti azaltan ve semende eksilmeye sebep olan şeye ayıp, bundan kaynaklanan akdi onama ya da feshetme yetkisine ise ayıp muhayyerliği denir. Ayıp muhayyerliği, genellikle akdin konusunda mevcut olup müşterinin sonradan farkına vardığı ve bu şekliyle kabule yanaşmadığı maddî kusurlarda olur. Satın alınan kitabın formalarının eksik, tarım için kiralanan arazinin çorak, iş akdinde işçinin iş göremeyecek kadar hasta olması gibi. Bununla birlikte hangi ölçüdeki kusurların ayıp kabul edileceği, toplumun kıymet ölçülerine bağlı örfî bir meseledir ve değişkenlik gösterebilir.

Ayıp muhayyerliğinden söz edebilmek için, müşterinin, aybın farkına varmasına rağmen akdin kuruluşu esnasında veya teslim sırasında buna rıza anlamı taşıyacak bir söz veya fiilinin olmaması gerekir.

Ayıp muhayyerliği, her iki taraf açısından bağlayıcı olan akitlerde söz konusu olur. Nikâh akdinde, cinsel ilişki kurmayı engelleyen beden kusurları her iki taraf açısından da ayıp muhayyerliği doğurur.

Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) dışındaki müctehidlere göre ayıp sebebiyle akit bedelinde indirim yapılamaz. Müşteri ya malı kararlaştırılan bedel üzerinden ayıplı haliyle kabul edecek, ya da akdi feshedecektir. Fakat fesih için mebî'in mevcut halini korur halde olması şarttır. Müşterinin elinde iken malda yeni bir ayıp oluşur veya mala ilavede bulunulursa, aynen iade imkânı ortadan kalkar ve ayıp ölçüsünde zararının karşılanması yönüne gidilir. Müşterinin ayıbı bilerek ve ayıba razı olarak alması, malı hukukî işlemlere konu edinmesi, ayıp muhayyerliği doğduktan sonra bu hakkından açıkça veya delâleten vazgeçmesi, ayıbın ortadan kaldırılması, malın tamamen yok olması durumlarında da aynı hükümler işletilir.

Ayıp muhayyerliği peşin şart ile sâkıt olmaz. Dolayısıyla akdin kuruluşu öncesinde veya akit sırasında satıcı, akde konu eşya ayıplı çıksa bile sözleşmenin geçerli olmasını ve bundan dolayı sorumlu olmayacağını (berâet) şart koşsa ve akit bu şekilde gerçekleşse, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre müşteri yine ayıp muhayyerliği hakkına sahiptir.

D. Vasıf Muhayyerliği (خيار الوصف)

Muayyen özellik sebebiyle satın alınan malda aranan özelliğin bulunmadığının anlaşılması durumunda müşterinin akdi onama ya da fesih yetkisine *vasıf muhayyerliği* denir. Ayıp, maldaki maddî eksikliği ifade ederken; vasıf, maddî açıdan noksanı bulunmayan malın özelliklerindeki kusuru ifade eder. Yarış atıdır diye satın alınan hayvanın bu özelliğinin bulunmaması, düğün yemeği pişirmesi için aşçıdır diye hizmet sözleşmesi yapılan kişinin aşçılıktan anlamaması durumlarında vasıf muhayyerliği söz konusu olur.

Vasıf muhayyerliği, akde konu nesne sahibinin bilinçli yanlış beyanından kaynaklanabileceği gibi, onun kastî yönlendirmesi dışında da gerçekleşebilir. Bunlardan birincisine *tedlîs* denir ki, "akde konu nesnenin değerini arttırmak amacıyla gerçek durumu gizleyip mahalli olduğundan farklı göstermek" demektir. Süt hayvanını, sütü bol zannı uyandırmak için birkaç gün sağmayıp memesinde sütün birikmesini sağlamak gibi. Hz. Peygamber (s.a.) bu nevi uygulamaları yasaklamıştır.[220]

Akdin tarafları açısından kasıt unsuru bulunmaksızın akit konusunun cinsinde veya vasfında hata etmek de söz konusu olabilir ki, buna *ğalat* denir. Sıfattaki hata vasıf muhayyerliği doğururken, akde konu nesnenin cinsindeki hata akdi bâtıl yapar. Altındandır diye satın alınan bir maddenin demir çıkması gibi.

220 Buhârî, "Büyû'", 64; Müslim, "Büyû'", 11

Akde konu nesnenin iade edilmesi veya bedelinden vasıf ölçüsünde indirim yapılması, ayrıca iade imkânının ortadan kalkması halinde uygulanacak hükümler bakımından vasıf muhayyerliği hakkında, ayıp muhayyerliği ile ilgili hükümler geçerlidir.

VI. Akit Serbestisi ve Sınırlandırılması

Bireyin, diğer kişi veya kişilerle ilişkilerini kendi istek ve beklentilerine göre serbestçe düzenlemesine, hak ve yükümlülükler meydana getirmesine *"irâdenin muhtariyeti/özerkliği"*; bu anlayışın akitlere uygulanmasına da *"akit serbestisi"* denir.

Akit serbestisi, akit yapıp yapmamakta ve karşı tarafı tayinde *(in'ikâd serbestisi)*, akit türünü ve muhtevasını belirlemede *(tanzim/düzenleme serbestisi)* ve iradenin açıklanma biçimi ve araçlarında *(şekil serbestisi)* kişinin serbest olması demektir. Bu arada tanzim serbestisi kendi içinde, *tip serbestisi*ni ve muhtevayı tayin serbestisini içermektedir.

Akit hukukunun temelinde bireyin ihtiyacı ve rızası yatmaktadır. Hal böyle olunca kişinin, iradesi dışında akit yapmaya zorlanmaması, istediği tarz bir borç münasebeti kurması, bu ilişkinin karşı tarafını ve muhtevasını dilediği şekilde belirlemesi, kendisini belli kalıplarla bağımlı hissetmemesi en tabii hak olarak görülür. Nitekim bu noktada hukuk, ilke düzeyinde emredici veya sınırlandırıcı bir tutum sergilemez. Bununla birlikte, söz konusu hakkın serbestçe kullanımı karşısında üçüncü şahısların hukukunu koruma ve toplum menfaatini gözetme amacıyla zaman zaman sınırlandırıcı müdahaleler gerekebilir. Her şeyden önce bu, hak anlayışı ve adalet ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla akit serbestisinin fert ve toplum açısından zarara yol açtığı durumlarda, *"zararın giderilmesi yararın sağlanmasına göre önceliklidir"*, *"kişisel yarar ile kamu yararı çatışırsa, öncelik kamu yararının sağlanmasına verilir"*, *"genel zararı gidermek için özel zarara katlanılır"*, *"daha büyük ve kalıcı zararları gidermek için, gerekirse daha küçük ve geçici zararlar irtikab edilir"* şeklindeki genel prensipler işletilir.[221]

Karaborsacılık *(ihtikâr)* yapanın malının yetkili organ tarafından ve piyasa değerinden cebrî satımı, emsâl bedelini peşin ödemek şartıyla *istimlâk* uygulaması, muztar durumda bulunan kişinin ihtiyacını giderecek şeyi ona satma

221 Mecelle, md.26-30

mecburiyeti, bedel karşılığında el değiştiren gayrı menkulün *şuf'a* hakkı sahipleri tarafından aynı bedelle satın alınması, alacaklının hakkını korumak üzere rehnin paraya dönüştürülmesi, borcunu oyalayanların (mütemerrid borçlu) ve iflas edenlerin mallarının yetkili icra organı tarafından satılması vb. durumlarda kişi, fert ve kamu yararı sebebiyle iradesi dışında bir akdi kabullenmek zorunda bırakılmış, böylece akit yapıp yapmama, akdin karşı tarafını belirleme, akdin muhtevasını tayin etme serbestisi sınırlandırılmıştır.

Mal ve hizmetlerin bedelinin devlet tarafından belirlenmesi demek olan *tes'îr (narh)*, mal sahibi ya da bir hizmeti ifa eden kişiyi, iradesi dışında tespit edilen bedeli kabule mecbur bırakması yönüyle muhtevayı belirleme hürriyetinin kamu yararı gözetilerek sınırlandırılması mahiyetindedir. Narh, hukukî işlemlerde rızaya vurgu yapan naslar[222] ve Allah Resûlü'nün (s.a.) bu tür taleplere olumsuz karşılık vermesi[223] sebebiyle Hanefîlerin mütekaddimûnu, Şâfiî, Hanbelî, Ca'ferî ve Zâhirî mezheplerine göre caiz değildir. Hz. Peygamber'in (s.a.) piyasaya müdahale konusundaki olumsuz tutumunu, fiyatların normal piyasa şartlarında şekillenmesiyle açıklayan, ayrıca maslahat ve sedd-i zerîa prensibinden hareket eden Mâlikî mezhebi, bazı Şâfiî ve Hanbelî fakihler ile müteahhir Hanefîlere göre ise, kamu maslahatının gerektirmesi halinde narh uygulanabilir.

Kişiler, diledikleri akit tipini seçme (tip serbestisi) ve akdin kuruluşunu sağlayan karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin açıklanma tarz, biçim ve vasıtalarını belirlemede (şekil serbestisi) serbesttirler; bu hususlarda herhangi bir hukukî kısıtlama söz konusu değildir. Rızanın anlaşılır biçimde ifade edilmesiyle akit kurulur; zira *"ukûdda i'tibar makâsıd ve meâniyedir, elfaz ve mebâniye değildir"*[224]. Bunun iki istisnasından söz etmek mümkündür:

Akit serbestisinin sınırlandırılması konusunda dikkat edilmesi gereken önemli husus, mâlikin rızasını dikkate almadan gerçekleştirilen cebrî akitlerin kural değil; adaletli bir hukuk düzeninin, hakların korunması, adaletin tahakkuku, zararın bertaraf edilmesi, kamu yararının gözetilmesi, tek cümleyle ifade etmek gerekirse 'maslahat temelinde âdil bir dengenin sağlanması' gerekçesiyle istisnaî olarak ve ihtiyaç ölçüsünde başvurabileceği bir tedbir olmasıdır.

---

222 en-Nisâ 4/29

223 Bk. Ebû Dâvûd, "Büyû'", 49; Tirmizî, "Büyû'", 73; Müsned, II, 327; III, 85, 106, 286

224 Mecelle, md. 3

VII. Akdin Hükmü

Geçerli bir sözleşmenin doğurduğu hukukî sonuçlar akdin hükmünü oluşturur. Dolayısıyla her akdin hükmü, mahiyeti ve amacına göre farklılık gösterir. Söz gelimi satım akdinin hükmü, satılan malın mülkiyetinin müşteriye geçmesi, müşterinin de satış bedelini (semen) satıcıya ödeme yükümlülüğü altına girmesidir. Kira akdinin hükmü, mal sahibinin akde konu olan aynı/malı kiracıya teslimle borçlu olması; kiracının ise, bir taraftan aynın/malın menfaatinden istifade hakkı elde etmesi diğer yandan da kira bedelini ödemekle yükümlü olmasıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, mülkiyeti nakleden akitlerde akdin hükmü mülkiyetin el değiştirmesi; kullanım/yararlanma hakkı sağlayan akitlerde ise, kullanım hakkının doğmasıdır.

VIII. Akdin Sona Ermesi ve Feshi

Akdin sona ermesi başlıca şu şekillerde olur:

1. Tarafların hukuken geçerli (sahih) bir akitle üstlendikleri yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeleri *(îfa),*

2. Hukuken geçerli biçimde doğmuş fakat tam olarak îfa edilmemiş bir akdin, karşılıklı rıza ile bozulması. Bunun, birisi borçlar hukuku diğeri aile hukukuyla ilgili iki tipik örneği vardır: *İkâle* ve *muhâla'a.* Konusunu malın oluşturduğu sözleşmelerde, hukuken geçerli biçimde kurulmuş akdin karşılıklı rıza ile bozulmasını ifade eden *ikâle*nin, mevcut akdin feshi mi, yoksa yeni bir akit tesisi mi olduğu, fakihler arasında ihtilaf konusudur. Bu hususta 'fesih', 'yeni bir akit' ve 'taraflar açısından fesih, üçüncü şahıslar bakımından ise yeni bir akit' şeklinde üç görüş bulunmaktadır. Aile hukukuyla ilgili olanı ise, karının kocasına vermeyi vaat ettiği bir malî değer karşılığında ve karşılıklı anlaşmayla evliliğin sonlandırılmasıdır ki, buna *hul'* ya da *muhâla'a* denir.

3. Kefâlet ve rehin gibi tek taraf için bağlayıcı olan; âriyet, vedîa, vekâlet gibi iki taraf için de bağlayıcı olmayan; kural olarak bağlayıcı olmakla birlikte muhayyerlik hakkının bulunduğu bir akdin, sözleşmenin kendisi açısından bağlayıcı olmadığı kişinin tek taraflı iradesiyle feshedilmesi akdi sona erdirir.

4. Meşru bir şekilde kurulmuş bir akdin, hukukun yetki tanıdığı kişilerce yeni bir akit kurulmasıyla sona ermesi. Bunun bilinen en yaygın örneği şuf'adır. *Ön alım hakkı* olarak da isimlendirilen *şuf'a*, bir akarın (gayrı menkulün) bedelli

el değiştirmesi durumunda, onun aynında veya haklarında ortaklığı bulunan yahut ona bitişik komşu olanların, satış bedelini ödemek suretiyle söz konusu akarı mülkiyetlerine geçirmeleridir. Böylece ilk akit sona ermiş olmaktadır.

5. Akdin hükmünü uygulamayı mümkün kılmayacak şekilde akit mahallinin zarar görmesi yahut yok olması. Bu durumda tarafların beyanı ya da mahkeme kararına gerek olmaksızın işlem kendiliğinden sona erer. Buna *infisâh* denir.

İnfisâhın fesihten farkı, fesih, hukukî varlık kazanmış bir akit veya hukukî işlemin taraflarca ya da yargıç tarafından geriye dönüşlü veya dönüşsüz olarak bozulmasını ifade ederken; infisâh, böyle bir bozma iradesi gerekmeksizin kendiliğinden sona ermesini ifade eder.

6. Kuruluş veya geçerlik şartlarındaki eksiklik sebebiyle bâtıl yahut fâsit olduğuna hükmedilen akdin, taraflarca veya ilgili yargı organınca feshedilmesiyle akit sona erer.

Akdin unsurlarından irade beyanı işlenirken, rızayı ifade şekilleriyle ilgili yapılan açıklamalar, fesih için de geçerlidir. Yani fesih, kişinin bu yöndeki kararlı iradesini yansıtan her türlü söz ve fiille gerçekleşir.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Ali Haydar Efendi (ö. 1936), *Düreru'l-hukkâm şerh Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul 1330.

Ali el-Hafîf (ö. 1978), *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)* (çev. R. Yaran), Ankara 2011.

Apaydın, H.Yunus, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (doktora tezi, 1989) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

_________, "İslâm Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1989, sayı: 6, ss. 177-200.

Aybakan, Bilal, *İslâm Hukukunda Borçların Îfası*, İstanbul 1998.

Aydın, Mehmet Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, üçüncü baskı, İstanbul 1999.

Bardakoğlu, Ali, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1983, sayı: 1, ss. 9-30.

_________, "Hukukî ve Ticarî Hayat", *İlmihal II*, İSAM, İstanbul 1999, (II, 341-457).

Bilgili, İsmail, *İslâm Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, Konya 2011.

Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1971), *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul t.y.

Cin, Halil-Akgündüz,Ahmet, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1990.

Çalış, Halit, "İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", *Dinî Araştırmalar*, 2004, cilt: VII, sayı: 19, ss. 269-296.

Çeker, Orhan, *İslâm Hukukunda Akidler*, Konya 1999.

Döndüren, Hamdi, *Ticaret ve İktisat İlmihali*, İstanbul 1993.

Dönmez, İbrahim Kâfi, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler (Batı Hukuku ile Mukayeseli Olarak)", *İLAM Araştırma Dergisi*, 1996, cilt: I, sayı: 1, ss. 9-62.

Güney, Necmeddin, *Satım Akdi Özelinde İslâm Borçlar Hukukunda Ğarar*, (doktora tezi, 2013), Necmeddin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, İstanbul 2010.

İbn Rüşd el-Hafîd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (ö. 595/1198), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesıd* (çev. A. Meylanî), İstanbul 1985.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1987.

Özdirek, Recep, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, İstanbul 2010.

Özsoy, İsmail, *Fâiz ve Problemleri*, İstanbul 1994.

Yaran, Rahmi, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul 1997.

Yıldız, Kemal, *İslâm Sorumluluk Hukuku: Akid Dışı Sorumluluk*, İstanbul 2005.

Zeydan, Abdülkerim, "Akidlerde ve Hukukî İşlemlerde 'Kasdın' Rolü" (çev. A. Bardakoğlu), *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1986, sayı: 3, ss. 353-374

MÜLKİYET TEORİSİ

GİRİŞ

İnsanın eşya üzerinde en kapsamlı egemenliğinin ifadesi olan mülkiyet konusu, dinî, felsefî, toplumsal, iktisadî, siyasî, hukukî birçok düşünce ve doktrinin ilgi alanında olagelmiştir. Dolayısıyla mülkiyetin tarihi gelişimi, bu çok yönlü mülâhaza ve bakış açılarının etkisinde seyretmiştir.

Fıkıh kitaplarının tasnifinde takip edilen meseleci (kazuistik) yaklaşım gereği klasik fıkıh literatüründe, insanın eşya üzerinde doğrudan egemenliğinden kaynaklanan haklar konusu, müstakil bir başlık altında ve teorik bütünlük içerisinde ele alınmamıştır. Esasen bu husus sadece mülkiyete has olmayıp hukukun temel konularının tamamı için geçerlidir. Mülkiyetle ilgili ilke ve hükümleri, satım sözleşmesi (bey'), kira, rehin, şuf'a, ihyâu'l-mevât, vasiyet, vakıf, miras gibi konulara ait hükümler arasında serpiştirilmiş şekilde görmek mümkündür. Çağdaş dönem fıkıh araştırmalarında ise, modern hukuk sistematiğinin de etkisiyle, diğer hukuk konuları gibi mülkiyet konusu da, genel hükümleri esas alan müstakil çalışmalara konu edinilmiştir.

Modern hukuk sistemlerinde mülkiyet, eşya hukukunun temel konusunu oluşturur. Roma hukukuna kadar uzanan ve halen modern hukuk sistemlerinin genel kabulü halini almış bulunan hukuk tasnifinde eşya hukuku, özel hukuk ana ayırımı altında ve medenî hukuk kapsamında ele alınmaktadır. İnsanın eşya üzerindeki hâkimiyetinden doğan hakları konu edinen bu hukuk dalının temel konusunu, aynî haklar oluşturur. Aynî haklar da, sahip olunan hakkın gücü ve niteliği ölçütünden hareketle *mülkiyet hakkı* ve *sınırlı aynî haklar* olmak üzere ikiye ayrılır. Mülkiyet hakkı, kişiye eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlarken sınırlı aynî haklarda bu yetkilerin sadece bir kısmı söz konusu olmaktadır.

Bu bölümde mülkiyet konusu, temel ilke ve hükümler çerçevesinde ele alınacaktır. Öncelikle eşya üzerindeki hukukî yetkilerin nelerden ibaret olduğunu belirleyip, bunlardan her birinin diğerinden ayrılan yönlerine ilişkin bir çerçeve çizmek, mülkiyetin oturduğu zemini tespit açısından faydalı olacaktır.

I. Temel Kavramlar

Fıkıh âlimleri eşya üzerindeki yetkileri, yetkinin gücü ve niteliği ölçütünden hareketle *milk* ve *ibâha* olmak üzere iki kavramla ifade ederler. Serahsî (ö.483/1090), Karâfî (ö.684/1285), Zerkeşî (ö.794/1392), İbn Receb (ö.795/1392) gibi fakihler, bu en güçlü (milk) ve en zayıf (ibâha) yetkilerin ifadesi olan iki kavram arasında orta seviyedeki bir takım haklara karşılık gelen *hukûk* kavramından söz etmişler ve bunu, dikkatle diğer iki kavramdan ayırmışlardır. Şu halde eşya üzerindeki yetkiler, yetkinin gücü ve niteliğinden hareketle ve zayıftan güçlüye doğru olmak üzere *ibâha, hukûk* ve *milk* olmak üzere üçtür.

A. İbâha (الإباحة)

Eşya üzerindeki en zayıf hakların ifadesi olan *ibâha, bir aynı tüketmek veya menfaatinden yararlanmak hususunda mülk sahibinin verdiği yetki* demektir.

İbâha tarif edilirken, onun, özel mülkiyet üzerinde mâlikin izni ile kurulan ve hukûk ve milk seviyesinde olmayan hakları ifade ettiği belirtilmiştir (*ibâha-i hâssa: özel ibâha*). Bununla birlikte fıkıh bilginleri ibâha kavramını, avlanma ve umuma ait park ve bahçelerden yararlanma gibi serbest (mübâh) mallardan ve kamu mallarından herkesin, başkalarına zarar vermeme, eşitlik ve serbestlik prensipleri çerçevesinde yararlanmaları anlamında da kullanırlar (*ibâha-i âmme: genel ibâha*). Fakat teknik anlamda eşya hukuku terimi olarak ibâha, özel mülkiyet üzerinde mülk sahibinin izniyle kurulan, eşyayı tüketme veya menfaatinden yararlanma niteliğindeki hakları ifade eder.

Bir insanın, evinde oturması, arabasına binmesi, yemeğinden yemesi gibi hususlarda bir başkasına verdiği yetki, *özel ibâha* türü bir yetkidir. Bu yetki, mülkiyete konu nesneyi kullanmakla sınırlı olabileceği gibi (arabaya binme, elbiseyi giyme), tüketme (yemeği yeme) şeklinde de olabilir. Her iki şekliyle de ibâha, mâlikin mülkiyet hakkını sona erdirmez; yetki verilen kişi ise, sadece faydalanma hakkı elde etmiş olur.

İbâha ile elde edilen hak, fukahanın bir kısmına göre milk nitelikli iken, çoğunluğun görüşüne göre ibâha niteliklidir. Bu görüş ayrılığının sonuca yansıması şu şekildedir: İbâha ile elde edilen yetkinin milk nitelikli olduğu kabul edildiğinde, şahsın, nesneden bizzat kendisinin istifadesi mümkün olduğu gibi, menfaat üzerine kurulu hukukî işlemlere mesela kira veya iâreye konu edinmesi de mümkündür. Bu yetkinin ibâha türü bir yetki olduğu görüşüne göre ise, ibâha lehtârı, nesneden ancak kendisi istifade edebilir; icâre, âriyet gibi işlemlerde bulunamaz. Mecelle'de (md.875), ibâhada bulunulan kişinin sahip olduğu yetkinin milk nitelikli olmadığı görüşü benimsenmiştir.

Mâlik tarafından iptal edilmediği sürece ibâha yetkisine dayalı yararlanmalar devam eder ve bu sebeple herhangi bir şey talep edilemez.[225]

B. Hukûk (الحقوق)

Eşya üzerinde ibâhadan kuvvetli, milkten zayıf yetkiler hukûk kavramıyla ifade edilir. İbâhanın sağladığı yetki, teknik anlamda hak değildir. Zira ibâha nitelikli haklar iptal ile bâtıl olur; halbuki teknik anlamda hak, iptal ile batıl olmaz. Hukûk, bu açıdan ibâdan farklıdır. Şahsa sağladığı yetkilerin milk türü haklardan daha zayıf olmasıyla da milkten farklılık gösterir.

Hanbelî fakih İbn Receb'in (ö.795/1392) sistematize edişiyle hukûk türü yetkiler, beş gruba ayrılır:

1. Hakku'l-milk (حق الملك): Efendisinin, kitâbet anlaşması yaptığı *(mükâteb)* kölesinin malı üzerindeki hakkı; murisin kurduğu ağdaki av üzerinde henüz ihramda olan varisin hakkı bu grubun örneklerindendir.

2. Hakku't-temellük (حق التملك): Küçük çocuğun malında babasının hakkı, emek-sermaye ortaklığında *(mudârabe)* sermayeyi işletenin (mudârib), oluşan kâr üzerinde paylaşım öncesi hakkı, şuf'a hakkı kullanılarak mâlik olunacak nesne üzerinde şefî'in kendine düşecek kısım üzerindeki hakkı bu tür haklardandır.

Birbirine oldukça yakın olan bu iki hak, hak sahibi açısından mülkiyetle sonuçlanacak bir takım durumları ifade eder. Burada belirli bir mal üzerinde hak oluşmakta fakat; o nesnenin henüz taksim edilmemiş olması (şefî' ve mudârib örneğinde olduğu gibi) ya da hak sahibinin içinde bulunduğu özel bir durum (ihramda avın yasak olması) mülkiyetin oluşmasını engellemektedir. Fakat bu iki hak türü geçicidir ve sonuçta mülkiyetle sonuçlanmaktadır.

---

225 Mecelle, md.875

3. Hakku'l-intifâ (حق الانتفاع): Bu hak, kendi arsasında inşaat yapan kişinin, zarar vermemek kaydıyla komşusunun duvarına kiriş dayama, zaruret halinde komşusunun arazisindeki su mecrasından atık suları akıtma gibi başkasının mülkü üzerinde doğrudan kanundan doğan yetkileri ifade eder.

4. Hakku'l-ihtisâs (حق الاختصاص): Hiçbir özel şahsın mülkü olmayan bir nesneden hak sahibinin sadece istifade (intifâ) etmesini mümkün kılan, ancak bedelli akitlerle (muâvazât) devri mümkün olmayan haklardır. Bu tür haklarda hak sahibi, milk yetkisine değil de bir ihtisasa sahiptir. Hanbelî fakih İbn Receb, bu mahiyetteki hakları, avcılıkta kullanılan eğitilmiş av köpeği üzerinde sahibinin yetkisi, aydınlatma ve tutuşturma gibi işlerde kullanılan kirli yağlardan istifade hakkı, meytenin tabaklanmış derisi[226] üzerindeki yetki şeklinde örneklendirir. Yine kamuya ait yol, park, cadde ve kaldırımlardan istifade hakkı da böyledir. Bu gibi yerlere önce gelenin ihtisas hakkı vardır.

5. Hakku't-taalluk (حق التعلق): Kavram olarak değilse de, mahiyeti ve hükümleri itibariyle bütün fıkıh mezhepleri tarafından benimsenen bu tür haklarda hak sahibi, nesnenin aynına da menfaatine de o anda mâlik değildir. Sadece herhangi bir sebeple doğmuş olan bir hakkın elde edilmesi bu nesneye bağlı kılınmıştır. Söz gelimi rehin alanın (mürtehin), hakkını tamamen tahsil edinceye kadar rehin üzerindeki hapis hakkı, mahcur müflis ve borçlunun malı üzerinde alacaklıların hakkı bu tür haklardandır.

---

226 Eğitilmiş av köpeği, aydınlatmada kullanılan kirli yağ ve tabaklanmış meyte derisinin, hakku'l-ihtisâsa örnek teşkil etmesi, bunların, üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli olmadıkları kabulüne göre isabetlidir. Ancak herhangi bir şeyin mal sayılıp sayılmama ve dolayısıyla mülkiyete konu olmasının, yasaklayıcı bir nassın bulunmamasıyla olduğu kadar, insanların o nesneyi hukuken ve tab'an muteber ve bir ihtiyaçlarını karşılama amacıyla kullanmaları ve ona iktisadî bir değer vermeleriyle de yakın ilgisi vardır. Diğer bir ifade ile nassların üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli olmadığını ifade ettiği nesneleri bu bakış açısıyla da ele almak gerekir. Nitekim teknik sahada görülen gelişmeler bir takım kimyasal işlemlere tabi tutulmak suretiyle esasen şer'an necis olan şeylerden, insanlığa faydalı ve kullanım açısından dinî-hukukî bir sakınca içermeyen ürünler ortaya koymanın mümkün olduğunu göstermektedir. Çöplüklerden ve hayvan atıklarından elektrik ve gaz üretme gibi. Kaldı ki tedavide kullanılan birçok ilacın terkibinde haşere ve mikropların kullanıldığı bilinmektedir. Söz konusu örnekler bu açıdan değerlendirildiğinde, bunlar üzerindeki yetkinin "hakku'l-ihtisâs" değil, "milk" nitelikli olduğu söylenebilir.

C. Milk (الملك)

İslâm Eşya Hukuku'nun temel kavramı milktir. Fıkıh bilginleri, eşya üzerinde insana en kapsamlı yetkileri sağlayan hakları, genellikle *"milk"* kavramıyla ifade etmekle birlikte, bu manayı karşılamak üzere *"el-mâlikiyye"* (المالكية), *"el-memlûkiyye"* (المملوكية), *"el-milkiyye"* (الملكية) ifadelerini de kullanmışlardır. Milk kavramı fıkıhta, eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkı, irtifak hakkı[227], rehin hakkı gibi hakları ifade eden bir kavramdır. Her ne kadar milk kavramı bazen eşya dışı şeyler üzerinde kurulan hakları ifade için de kullanılmışsa da (*milkü'l-kısâs, milkü'n-nikah gibi*), teknik anlamda milk sadece eşya üzerindeki hakları ifade eder.

Eşya üzerinde ibâha ve hukûk türü yetkilerden tamamen farklı, onlara nisbetle çok daha güçlü ve kapsamlı yetkileri ifade eden milk teriminin tanımı, hukukî mahiyeti, başlıca özellikleri, sebepleri, çeşitleri gibi hususlar, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

II. Mülkiyet

A. Tanımı ve Özellikleri

Mülkiyet, bir engel olmadığı sürece mülk sahibine eşya üzerinde düşünülebilecek en kapsamlı yetkileri sağlayan, başkasının tasarruf ve müdahalelerine engel olma hakkı veren hukukî bağdır.

Mülkiyetin temel özellikleri şunlardır:

a. *Hukukîlik:* Hukukîlik, bir eşyanın mülk tesisine elverişli olabilmesi için iktisadî yarara sahip olmasının yeterli olmadığını ifade eder. Buna bağlı olarak söz gelimi domuz, içki, leş gibi şeyler, iktisadî değere sahip olmalarına rağmen mülkiyete konu olamaz. Dolayısıyla mülkiyete konu teşkil eden şeyin, dinen ve hukuken yararlanılabilir özellikte *(mütekavvim)* olması gerekir. Diğer taraftan hukukîlik, mülkiyetin hukukun benimsediği yollarla edinilmiş olmasını gerektirir. Hırsızlık, gasb, eşkiyalık gibi yollarla edinilmiş iktisadî değer, mülkiyet olarak hukukî himayeye konu olmaz.

---

227 İleride anlatılacağı üzere, bir akar lehine diğer akar üzerinde kurulu sınırlı aynî haklara irtifak hakları denir. Avluda biriken atık suları komşu akardan geçirerek tahliye etme gibi ki buna mecrâ hakkı denilmektedir.

b. *Yetki:* Mülkiyetin yetki özelliğinin, birisi aktif diğeri koruyucu mahiyette olmak üzere iki boyutu vardır. *Aktif yetki*, şahsa mülkiyetinde bulunan şey üzerinde hukukî bir engel bulunmadığı sürece kullanma, tüketme, hukukî işlemlere konu edinme, bağışlama vb. her türlü tasarruf imkânı sağlar. *Koruyucu yetki* ise, başkasının tasarruf ve müdahalesine engel olma hakkı verir.

Yetki denilince hemen akla tasarruf gelir. Ancak tasarruf, mülkiyetin en önemli yansıması olmakla birlikte, zorunlu gereği değildir. Aynı şekilde bir kimsenin mâlik sayılması için, malında bilfiil tasarrufta bulunması hatta bulunabilir olması da şart değildir. Nitekim ehliyetsizler, eksik ehliyetliler ya da mülkiyetine başkasının hakkı taalluk eden (rehin verilen malda rehin alanın hakkı gibi) şahıslar, mâlik olmalarına rağmen tasarruf yetkilerini kısmen veya tamamen kullanamamaktadırlar. Dolayısıyla tasarruf, mülkiyetin mutlak karinesi ve zorunlu gereği değildir.

c. *İhtisâs/İnhisârîlik:* Mülkiyet, kişinin her türlü ihtiyacını herhangi bir engelle karşılaşmaksızın giderebilecek şekilde bir nesneye sahip olması demektir *(milkin inhisarîlik/ihtisas fonksiyonu)* ki, mülk edinmenin amacı da budur. Diğer bir ifadeyle özel ihtiyaçlarını karşılamak istediği nesne üzerinde kendisinden başka hiç kimsenin hak iddiasında bulunamaması, söz konusu eşyanın sırf kendisine özgü olmasıdır. Buna göre serbest (mübâh) mallardan yararlanma hususunda kişinin sahip olduğu yetki, sırf sahibine ait inhisarî özellikte bir hak olmadığından, bu tür yetkilerde, mülkiyet hakkından beklenen faydanın elde edilmesi mümkün değildir.

d. *Sınırlılık:* Mülkiyet, daha baştan itibaren hukuken sınırlandırılmış bir haktır. Dolayısıyla mülkiyet hakkının mutlaklığı söz konusu değildir. Bu sınırlandırma, konu ve edinme açısından olduğu gibi tasarruf yetkisi açısından da geçerlidir.

Fıkıh bilginleri arasında farklı görüşte olanlar bulunmakla birlikte, çoğunluğun benimsediği görüşe göre, kişi, mülkünde tasarruf yetkisini başkasına zarar verecek şekilde kullanamaz. Bu özellik, mülkiyete dayalı tasarrufların başkasına zarar vermesi halinde bunun, mülkiyetin tabii sonuçlarından sayılmayacağını ifade etmektedir. Nitekim mülkiyet tarif edilirken, *"bir engel bulunmadığı sürece"* şeklindeki kayıt, ehliyetsizlik, ehliyet kısıtlılığı, mülk eşya üzerinde başkasının hakkının bulunması, üçüncü şahısların haklarının korunması, zararın önlenmesi, emredici ya da yasaklayıcı bir nassa açık muhalefet ve daha genel anlamda o hükmün konulması ile gerçekleştirilmesi amaçlanan gayeye (makâsıdü'ş-şerîa) aykırılık unsurlarının tamamını içeren bir genişliğe sahiptir.

e. *Terk ve zamanaşımı ile sâkıt olmama:* Eşya üzerinde milk nitelikli hakların bir diğer özelliği ise, terkle ve zamanaşımı ile sâkıt olmamasıdır. Dolayısıyla bireyle eşya arasında milk nitelikli hukukî bir bağ teşekkül ettikten sonra, bu ilişkinin sona erdiğini gösteren hukukî bir delil bulunmadığı sürece mülkiyet ilişkisi devam eder. Önemli bir iktisadî değere sahip olmaması sebebiyle sahibinin peşine düşmediği basit, önemsiz nesneler, bu genel kuralın istisnası mahiyetindedir. Aynı şekilde buluntu mal (*lukata*) ilan edilip belirli bir süre geçtikten sonra sahibinin peşine düşüp aramadığı kanaatinin oluşması üzerine mülkiyete geçirilebilir.

Şahıslara eşya üzerinde düşünülebilecek en kapsamlı hakları sağlayan hâkimiyetin ifadesi olan mülkiyet, bu özellikleriyle modern hukuktaki "*aynî hak*" mefhumuna oldukça benzemektedir. Zira aynî hak da kişinin eşya üzerinde doğrudan hâkimiyetinden kaynaklanan en güçlü yetkinin ifadesidir. Kapsam, unsur ve özellikleri itibariyle bu paralellik sebebiyle çağdaş dönem fıkıh bilginlerinden bazıları mülkiyet ile aynî hak kavramlarını birbirine denk tutmuşlardır.

B. Konusu

Mülkiyetin konusu eşyadır. Şey kelimesinin çoğulu olan eşya, dış âlemi meydana getiren insan dışı maddî-manevî varlıkları ifade eder. Fakihler, mülkiyete konu teşkil etme bakımından bu hususu, *mal* kavramıyla ifade etmişlerdir. Dolayısıyla mülkiyetin konusu maldır. Şu halde malın tanımı ve kapsamı belirlendiğinde, mülkiyetin konusunu nelerin oluşturduğu da tespit edilmiş olacaktır.

1. Mal kavramı ve kapsamı

Sözlüklerde genellikle "anlamı bilinmektedir/maruftur" denilen mal kelimesinin fıkhî mahiyeti ve kapsamı konusunda iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Hanefîlerin tanımına göre mal, *insan tabiatının kendisine meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirilmesi mümkün olan şeydir*. Dolayısıyla hak ve menfaatler, başlı başına mal kabul edilmemekte, bir ayna tâbi olarak akde konu olması halinde hukuken mal gibi değer kazanmaktadırlar. Bunun bir sonucu olmak üzere gasb, itlaf gibi haksız fiillerde, malın aynen iadesi veya değerini tazmin sorumluluğu bulunmakla birlikte, menfaatinin tazmini gerekmez.

Bu ictihad, uygulamada ciddi sorunlara sebep olmuş ve Hanefîler bu durumu, öncelikle zaruret, ihtiyaç, istihsan gibi yöntemlerle aşma yoluna gitmişler; zamanla yetim ve vakıf malları ile gelir getirmek amacıyla edinilmiş malların

menfaatlerini, mal kapsamında değerlendirmişlerdir.[228] Osmanlı Devleti'nin son dönemlerine gelindiğinde ise, Hanefî fakihler mal kavramına daha geniş bir anlam yüklemesinde bulunmuşlar ve hak ve menfaatleri, daha genel bir ifadeyle iktisadî değere sahip ve tedâvül olunan her şeyi mal kapsamına dâhil etmişlerdir.

Malın mahiyeti ve kapsamı hususundaki ikinci yaklaşım ise, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihlerine aittir. Buna göre mal, insanlar arasında iktisadî bir değere sahip ve normal şartlarda ve iradî olarak faydalanılması dinen ve hukuken mümkün olan her şeydir. Buna göre somut varlığa sahip nesneler yanında hak ve menfaat gibi iktisadî değerler de, hukuk sistemi tarafından benimsenmiş olması halinde, mal kabul edilir. Kaldı ki mal edinmenin temel amacı, onun sağladığı menfaattir ve değeri de fizik varlığına göre değil, sağladığı menfaate göre belirlenmektedir.

Hanefî fıkıh bilginlerinin malın tanımı ve kapsamı konusunda ortaya koydukları son anlayış, çoğunluğu oluşturan fakihlerin yaklaşımlarıyla paralellik göstermektedir. Bu noktada bir şeyin mal sayılıp sayılmaması özde örfe bağlıdır. Zira mal telakkisi toplumların iktisadî, teknik, sosyal gelişmelerine paralel bir seyir takip etmektedir. Patent hakkı, ticarî unvan, ticarî plaka, güneş ışığı ve ısısı, hava, bazı gazlar vb. şeylerin mal sayılıp sayılmaması ve dolayısıyla hukukî işlemlere konu olup olamayacağı hep bu türden gelişmelerle ilgilidir.

Bütün bunların bir sonucu olmak üzere, değişen zaman ve gelişen tekniğe bağlı olarak, edinme ve yararlanma konusu olup dinî-fıkhî değer ölçüleriyle çelişmeyen her şey mal kabul edilir; dolayısıyla mülkiyetin konusunu oluşturur. Bu noktada malın, *mislî* ya da *kıyemî; menkul* veya *gayri menkul;* belirli bir fizikî varlığının bulunmasının (ayn) ya da salt menfaatten ibaret olmasının hatta zimmette sabit bir hak oluşunun, şer'an yararlanılabilirlik özelliği *(mütekavvim)* taşıdığı sürece, mülkiyete konu olma bakımından herhangi bir önemi yoktur.

2. Mal çeşitleri

Fıkhî hükümlerde etkili oluş ölçütüne göre başlıca mal çeşitleri şunlardır:

a. Mütekavvim - Gayri mütekavvim (المتقوم – غير المتقوم): Hakkında yasak normu bulunmayan, mahiyeti itibariyle dinin ve hukukun temel ilke ve hükümleriyle çelişmeyen mallara mütekavvim, böyle olmayanlara ise gayri mütekavvim mal denir. Hamr, domuz, meyte gayri mütekavvim mallara örnektir.

---

228 Mecelle, md.596-599

b. Mislî – Kıyemî (المثلي - القيمي): Aynı türe ait olup ekonomik fayda açısından birimleri arasında dikkate alınır düzeyde fark bulunmayan mallara mislî mal, birimleri arasında önemli fark bulunan mallara ise kıyemî mal denir. Fabrika üretimi standart mallar mislî mallara, hayvanlar, tarihî değere sahip eşyalar, el işçiliği ürünler ise kıyemî mallara örnektir.

c. Menkul – Gayri menkul (المنقول – غير المنقول): Özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere nakledilebilen mallara menkul, taşınamayanlara ise gayri menkul (akar) denir. Toprak ve ev gayrimenkul malların en belirgin olanlarıdır.

d. Sahipli – Sahipsiz: Özel mallar, vakıf malları, devlet malları ve kamu malları sahipli mallardır. Kimsenin mülkiyetinde olmayan serbest (mübâh) mallar ise, sahipsiz mallardır.

C. Kapsamı

Mülkiyet, belirli bir fizik varlığa sahip nesneler üzerinde kurulabildiği gibi, nesnelerden yararlanma yani menfaat üzerinde de kurulabilir.[229] Dolayısıyla herhangi bir taşınmazı kiralayan kimse bunun menfaat mülkiyetine sahip olmaktadır. Bu çerçevede;

* Bütün maddî mallar (a'yân) ve menfaatler mülkiyetin kapsamına dâhil olduğunda,

* Tamamen şahsî olup malla bir ilgisi bulunmayan hadâne[230] ve velâyet[231] hakkı gibi hakların ise mülkiyet hakkı olmadığında fıkıh bilginleri arasında ittifak vardır.

Alacak hakkı (deyn), irtifak hakkı[232] gibi haklar da, aksi görüşte olan fakihler bulunmakla birlikte, mülkiyetin kapsamına dâhildir. Konusu 'inşaatta usta olarak çalışmak' gibi hizmet sözleşmesi olan ilişkiler ise, temelde aynî değil tamamen şahsî bir hak olması dolayısıyla mülkiyet ilişkisi değildir. Ancak bu şahsî ilişki sonunda akde konu olan hizmetten doğan

229 Mecelle, md.125

230 Evliliğin sona ermesi durumunda küçük çocukların bakımı, beslenmesi, hayata hazırlanması sorumluluğudur.

231 Tam edâ ehliyetinden yoksun bulunanların şahıs ve mal varlıklarıyla ilgili hususlarda tam ehliyetli bir kişinin yetkilendirilmesidir.

232 Bir akar üzerinde başkasına ait diğer bir akar yararına kurulmuş olan ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan aynî haklardır.

menfaat üzerinde bir mülkiyet hakkı söz konusu olabilmektedir. Şu halde mülkiyetin kapsamı maldan daha geniştir ve nesneleri, menfaatleri ve hakları içermektedir.

Konusunu nesnelerin, menfaatlerin ve hakların oluşturduğu mülkiyetin yatay ve dikey kapsamının belirlenmesi de önemlidir. Bu noktada menkul mülkiyeti ile gayrı menkul mülkiyetinin bir kısmının (ev gibi) kapsamı, irade beyanı ya da örf karinesi ile bilinmektedir. Toprak mülkiyetinin yatay kapsamı da sınırlarla tespit edilir. Ancak toprak mülkiyetinin dikey açıdan nereye kadar uzandığının belirlenmesi ise, özellikle teknolojik gelişmelere bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir.

İlke olarak bir şeye mâlik olmak, o şeyin zarurî unsurlarına da sahip olmayı gerektirir. Bu ilkeden hareket edildiğinde belli bir arazinin mâliki olan kişi, onun hava boşluğuna ve yeraltı tabakasına da sahip olmalıdır. Dolayısıyla mülkiyetin tabii gereği olmak üzere mâlik, yeraltında istediği derinlikte kazı yapabilir; hava boşluğuna binasını istediği kadar uzatabilir (*aktif yetki*). Aynı şekilde bu alanlara başkasının müdahale ve tecavüzlerine engel olabilir (*koruyucu yetki*).[233]

İmam Şâfiî gibi bazı müctehidlere göre, toprak mülkiyetinin dikey kapsamı yukarıda belirtildiği gibidir. Fakat özellikle müteahhir dönem fıkıh bilginleri, mülkiyetin dikey kapsamının, toplumun iktisadî şartları ve teknik gelişmeler ışığında *"faydalı olma / iktisadî yarar"* ölçütüne bağlı olarak sınırlı olması gerektiği kanaatindedirler. Dolayısıyla bir gayrı menkulün, iktisadî yarar kapsamındaki dikey uzantılarına tecavüz niteliğindeki faaliyetler, taşkın yapı hükümleri gereği engellenir. Fakat mülk sahibi, mülkiyet hakkını kullanmakta faydalı olacak dereceyi aşan inşaatta ve kazıda bulunamaz; zira bu alanlarda ihtisası yoktur.

D. Kazanılması-Kaybedilmesi/Sona Ermesi

Mülk edinme başlıca iki şekilde olur:

1. *Aslen iktisap*: Mülkiyet ilişkisi kurulmamış bir eşya üzerinde ilk defa mülk tesis etme veya bir kişi mülkiyet hakkını kaybederken diğerinin bu hakkı kazanması durumlarında aslen iktisap söz konusu olmaktadır. Kimsenin mülkiyetinde olmayan mubah bir malın (umuma ait ormanlardan mantar toplama, avlanma...) *zilyedlik*[234] ile mülk edinilmesi demek olan *istila* birinci duruma; bir takım şartlara bağlı olarak definenin, buluntu malın *(lukata)* mülkiyete geçirilmesi ise ikincisine örnek verilebilir.

---

233 Mecelle, md.1195,1196

234 Menkul ya da gayri menkul bir mal üzerindeki fiilî hakimiyete zilyetlik denir.

2. *Devren iktisap*: Mülkiyete konu bir nesne üzerinde egemenlik hakkı sahibinin (mâlikin) değişmesi demektir. Bu el değiştirme, iradeye bağlı olarak gerçekleşebildiği gibi irade dışı da olabilir. Alım-satım, kira gibi durumlarda iradeye bağlı mülk edinme, terikenin varislere intikali halinde ise, irade dışı mülk edinme söz konusudur.

Mülkiyetin sona ermesi, mülkiyet çeşitlerine ve kazanma şekline göre değişir. Kural olarak ayn mülkiyeti süreklilik arz eder, zamanla sınırlandırılamaz. Bunun bir gereği olmak üzere, aksi görüşte olan bazı fakihler bulunmakla birlikte, cumhur fıkıh bilginlerine göre ayn mülkiyeti ıskât veya terk ile sâkıt olmaz. Menfaat mülkiyetinde ise kural, zamanla sınırlı olmaktır. Dolayısıyla bir nesnenin sadece maddî varlığına sahip olma şeklindeki eksik mülkiyet, zaman içerisinde mutlaka tam mülkiyete dönüşür.

İradeye dayalı bedelli (alım-satım gibi) ya da bedelsiz (hibe: bağış) işlem ve tasarruflarla mülkiyet her zaman için el değiştirebilir. Kamu yararı ve adalet gereği, iradeye bağlı olmaksızın mülkiyetin bedel karşılığında el değiştirmesi de mümkündür. Özel mülkiyetteki bir malın kamulaştırılması (*istimlâk*) ve kişinin malını emsâl bedel üzerinden satışa zorlanmasında olduğu gibi. Bütün bunlarla birlikte kural olarak hukukî şahsiyetin sona ermesiyle yani ölümle mülkiyet de sona erer.

E. Çeşitleri

Mülkiyeti değişik açılardan tasnife tabi tutmak mümkün ise de, en yaygın olan sınıflandırma, konusuna ve sahiplerine göre yapılan sınıflandırmadır. Özellik arz etmesi ve yaygınlığı sebebiyle bu ikili tasnife üçüncü bir ayırım olarak, hak sahiplerinin sayısı bakımından mülkiyet çeşitleri de eklenecektir.

1. Hakkın Konusu Bakımından Mülkiyet Çeşitleri

Mülkiyet hakkının konusunu ya maddî anlamda eşya (ayn), ya menfaat ya da zimmette sabit olan alacak (deyn) oluşturur. Dolayısıyla konusu itibariyle mülkiyet üç kısma ayrılır.

a. Ayn Mülkiyeti

Mülkiyete elverişli bir nesnenin maddî varlığı (ayn) üzerindeki hukukî egemenlik yetkisine ayn mülkiyeti denir. Ayn mülkiyeti, menfaati kapsayıp kapsamamasına göre iki kısma ayrılır.

aa. Eşyanın ayn (rakabe) ve menfaatine birlikte sahip olma: Bu durumunda eşya üzerinde oluşan yetki en geniş kapsamına ulaşmaktadır. Bu sebeple mülkiyetin bu türüne *tam mülkiyet* denir ve mülkiyet hakkının en yaygın şeklini oluşturur.

bb. Eşyanın sırf aynına mâlik olma: Ayn mülkiyetinin bu çeşidinde şahıs, eşyanın maddî varlığının mâliki olmakla birlikte, bu ayna ait menfaatler vasiyet gibi hukukî bir yolla başka birisine ait olmaktadır. Bu tür mülkiyete *rakabe mülkiyeti* denir ve az rastlanır. Rakabe mülkiyetinin önemli özelliği, -menfaatin miras yoluyla intikali mümkün olmadığından- bu halin geçici olması ve mülkiyetin bir süre sonra menfaati de kapsayacak şekle dönüşmesidir. Dolayısıyla aynın menfaatine sahip bulunan şahsın ölümüyle birlikte rakabe mâliki, tam mülkiyete kavuşur. Söz gelimi süknâ (oturup yerleşme) hakkı başkasına vasiyet edilmiş bir evin miras yoluyla rakabesine mâlik olan şahıs, süknâ hakkı sahibinin ölümüyle birlikte menfaate de sahip olur.

b. Menfaat Mülkiyeti

Aynı (rakabesi) üzerinde hak sahibi olunmayan bir eşyanın sadece menfaatine mâlik olma durumunda menfaat mülkiyetinden söz edilir. Tam mülkiyetten sonra mülkiyetin en yaygın şekli olan menfaat mülkiyeti, eşyayı kullanma veya semerelerinden yararlanma yetkilerinin birini ya da her ikisini veren mülkiyet türüdür.

Menfaat mülkiyeti, sahip olunan istifade yetkisinin başka bir şahsa temlikinin mümkün olup olmamasına göre, *milkü'l-menfaa* (ملك المنفعة) ve *milkü'l-intifa* (ملك الانتفاع) olmak üzere iki şekilde tezahür eder. Birincisinin tipik örneğini kira sözleşmesiyle sahip olunan menfaat mülkiyeti oluşturur. Bu türden olan menfaat mülkiyeti, kira, menfaati vasiyet, vakıf gibi temlikî işlem ve tasarruflarla kurulur. Kişi, mülkiyet ilişkisi ile sahip olduğu menfaatten bizzat kendisi yararlanabileceği gibi, bu hakkını, yararlanma açısından kendisi ile her bakımdan eşit konumda bulunan şahıslar aracılığıyla da kullanabilir. Örneğin oturmak üzere kiralanan bir ev ya da işyerinde kiracı bizzat kendisi oturabileceği gibi, kullanma açısından kendisi gibi olan şahısları da oturtabilir; hatta bu yetkisini *alt kira sözleşmesi* gibi bir yolla başkasına temlik edebilir. Fakat bütün bunlar, kanunda ya da sözleşmede sınırlandırıcı bir şartın veya yerleşik bir örfün bulunmamasına bağlıdır.

Milkü'l-intifanın tipik örneğini ise âriyet (ödünç) akdinde, ödünç alınan eşya üzerinde sahip olunan hak oluşturur. Bu nevi bir hakka sahip olmak, hak sahibinin özel izniyle mümkündür. Menfaat mülkiyetinin bu türünde, menfaatine

sahip olunan nesneden sadece şahsın kendisi yararlanabilir; bu hakkın başkasına devri mümkün değildir. Çünkü âriyet, menfaatin ibâhasıdır; ibâhanın ibâhası ise caiz değildir. Ancak âriyetle ilgili bu değerlendirme, Şâfiî ve Hanbelîlerle Hanefîlerden Kerhî'ye (ö.340/952) göredir. Hanefî ve Mâlikîlere göre ise âriyetle sahip olunan hak, milkü'l-intifa değil, milkü'l-menfaa türü bir haktır. Dolayısıyla devri mümkündür.

Konusuna göre mülkiyet çeşitleri, şahsa sağladığı yetki açısından değerlendirildiğinde, eşyanın aynına ve menfaatine birlikte sahip olma durumunda *tam mülkiyet,* bunlardan sadece birisine mâlik olma halinde ise *eksik (nâkıs) mülkiyet* söz konusudur. Tam mülkiyet, hukukî prensiplere bağlı kalmak şartıyla kişiye geniş bir tasarruf alanı sunarken, nâkıs mülkiyette tasarruf yetkisi sınırlıdır. Nâkıs mülkiyette tasarruf çerçevesini belirleyen ölçüt şu şekilde ifade edilebilir: *Ayn mâliki, menfaat mâlikinin menfaatine engel olacak ya da menfaatinin azalmasına yol açacak davranışlarda; menfaat mâliki de ayn'ın değerini düşürecek, hasarına ya da telefine neden olacak tasarruflarda bulunamaz.*

c. Deyn Mülkiyeti

Deyn, geniş anlamda *"zimmette sabit olan şeyi"*i[235], dar anlamda ise, *"zimmette sabit olan ve alacaklıya ait bulunan mal"*ı ifade eder. Burada mal ifadesiyle itibarî mal kastedilmektedir. Daha önce mülkiyetin kapsamının, nesneler, menfaatler ve haklardan oluştuğu ifade edilmişti. Şu halde, aksi görüşte olan bazı fakihler bulunmakla birlikte alacak hakkı (deyn) da mülkiyetin kapsamına girmektedir. Deynin borçluya hibesinin mümkün olması, müşterek borcun alacaklılardan her birinin mülkiyetinde sayılması, vasiyetin üçte bir oranını aşıp aşmadığını belirlemede alacakların da hesap edilmesi gibi hükümler de, deynin alacaklının mülkiyetinde olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla deyn mülkiyeti, hukukî bir sebebe bağlı olarak, kişinin başka bir şahsın zimmetinde muayyen bir alacağının bulunması yani alacak hakkıdır.

Deyn mülkiyetini doğuran sebepler hususunda İslâm hukukçuları arasında görüş farklılıkları bulunmakla birlikte, cumhur fukahaya göre sebep önemli değildir. Ancak deynin bir yönüyle aynın karşıtı olduğu düşünüldüğünde, deyn mülkiyetinin konusunun mislî mallarla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Zira deyn borcunda belli bir malın değil aynı cins ve miktarda olan bir malın ödenmesi gerekmektedir.

---

235 Mecelle, md.158

2. Sahiplerine Göre Mülkiyet Çeşitleri

Tabii özellikleri itibariyle mallar, edinmeye yani mülkiyet konusu olmaya elverişlidir veya değildir. Hava ve deniz, edinmeye elverişli olmayan mallara örnek gösterilebilir. Tabii özellikleri bakımından üzerinde mülkiyet kurmaya elverişli olan mallar ise, fiilen veya hukuken belirli kişilere ait olabildiği gibi, bunlar üzerinde henüz mülkiyet hakkı tesis edilmemiş de olabilir. Belirli bir sahibi bulunan, muayyen şahısların mülkiyetinde olan mallara *sahipli mallar* denir. Bu mallara sahip olanlar, özel kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Kural olarak eşyanın önemli bir kısmı sahipli eşya grubuna girer. Mülkiyet kurulmasına elverişli olduğu halde mülkiyete geçmemiş mallara gelince, bu durum, mülkiyetin henüz kimse tarafından kurulmamış olmasından ileri gelebileceği gibi, böyle bir mülkiyetin hukuk düzeni gereği imkânsız oluşundan da kaynaklanabilir.

Bu geniş çerçevede, üzerindeki hakkın niteliği ve aidiyeti açısından malları *mubah (serbest) mallar, özel mallar, vakıf malları, devletin özel malları* ve *kamu malları* olmak üzere beş gruba ayırarak incelemek mümkündür. Tabii özellikleri gereği edinmeye, yani mülkiyet konusu olmaya elverişli olmayan hava, deniz gibi şeyler için mülkiyetten söz edilemeyeceği açıktır. Çünkü eşya ile şahıs arasında kurulu hukukî ilişkiye mülkiyet denilmektedir. Mahiyetleri gereği mülkiyete konu olabilen eşya üzerinde kurulu mülkiyet ise, bu yetkinin sahibi açısından *özel mülkiyet, vakfı mülkiyeti, devlet mülkiyeti* ve *kamu mülkiyeti* olmak üzere dört kısma ayrılır.

a. Özel Mülkiyet

Özel mülkiyet, kişilerin tek başlarına veya ortaklaşa yetki ve sorumluluğunda olup, ayn (rakabe) ve menfaatinde toplumun (kamunun) ortaklığı bulunmayan mülkiyettir.

İnsanın yeryüzüne ayak basması ile birlikte var olan, daralma ve genişlemelerle her toplum, din ve medeniyette varlığını koruyan özel mülkiyet, zaman zaman tamamen inkâr ve yok edilme teşebbüsleriyle de karşılaşmıştır. Fikir hareketlerinin, siyasî-iktisadî sistemlerin birbirinden ayrıldığı temel noktayı çoğu kere, özel mülkiyeti kabul ya da ret konusundaki tavırları oluşturmuştur.

a1. Meşruiyeti

İnsanın sınırlı bir zaman diliminde bu dünyada verdiği kulluk imtihanının zorunlu gereği, fıtrî bir ihtiyaç ve insanlık tarihinin her döneminde kendisini gösteren bir vakıa olarak özel mülkiyet, İslâm mülkiyet sisteminin temelini oluşturur.

Bu husus, Kur'ân'ın ilke ve hükümleriyle Allah Resûlü'nün (s.a.) söz ve uygulamalarında açıkça görülmektedir. Nitekim bu konuda, son iki asra gelinceye kadar müslüman ilim adamları arasında herhangi bir görüş ayrılığına rastlanmamaktadır. Müslüman olmayan topluluklar karşısında bilhassa bilim, teknik ve iktisadî gelişme bakımından geri kalmışlığın psikolojik etkisi ve bazı müslüman toplumlarda (Irak, Suriye gibi) destek bulan ve fiilen uygulamaya konulan sosyalizm, komünizm gibi siyasî-iktisadî düşüncelerin tesiriyle, İslâm'ın özel mülkiyeti benimsemediği tezini savunan müslüman yazarlara da rastlanır olmuştur. Bu tez, zorba uygulamalarla müslüman toplumlarda yerleştirilmeye çalışılmışsa da, fikrî düzeyde ilim adamları ve halk nezdinde kabul görmemiştir.

Kur'ân'ın nüzûlü öncesi Arap toplumunda özel mülkiyet biliniyordu. Nitekim Kur'ân, müşrik Arapların uluslararası ticarî seferlerinden söz etmektedir.[236] Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.) ile evlenmeden önce Hz. Hatice'nin (r.ah) büyük bir servete sahip olduğu ve Hz. Peygamber'le ortaklık yaptığı bilinmektedir. Ne var ki bireylere mülkiyet hakkı tanınmakla birlikte, özellikle mülk edinme sebepleri bakımından tam bir hukuk dışılık söz konusuydu. Baskın yapma, esir alma, yağmacılık gibi yöntemlere sıklıkla başvurulurdu. İşte bu ortamda İslâm geldiğinde, başkasının malına saldırının tüm çeşitlerini yasaklamış ve başkasının malını almayı veya onda tasarrufta bulunmayı keşmekeşlikten çıkarıp meşrû/hukukî sebeplere bağlamış, bunun dışındaki işlemleri bâtıl ve haram saymıştır. Bu hususta dikkat edilmesi gereken önemli nokta, İslâm'ın, diğer birçok konuda olduğu gibi mülkiyet anlayışında da, mülkiyetin kazanılması ve kullanılmasıyla ilgili ahlakî-hukukî telakkilerde önemli değişiklikler gerçekleştirmekle birlikte, özel mülkiyet temeline dokunmamış olmasıdır.

İslâm, kişilerin özel mülkiyet edinme hak ve özgürlüğünü tanımakta ve onu her türlü ihlale karşı titizlikle korumaktadır. Nitekim Kur'ân'da bir kurum olarak özel mülkiyete yer verilmekte, âyet-i kerimelerde, insana nispetle milk[237] ve kesb[238] kavramlarından söz edilmekte ve insanın mal-mülk sahibi oluşu dile getirilmektedir. Hatta bu noktada Kur'ân, özel mülkiyeti tanımakla kalmamış onu, haksız tecavüz ve ihlallerden koruyucu hüküm ve düzenlemeler de getirmiş; gasb, hırsızlık, eşkiyalık gibi mala karşı işlenen haksız fiiller cezaî yaptırıma

236 el-Kureyş 106/1-4
237 en-Nûr 24/61; Yâsin 36/71
238 el-Bakara 2/267; en-Nisâ 4/32; el-Mesed 114/2

bağlanmıştır.[239] Diğer taraftan pekçok âyette özel mülkiyet anlayışının esas alındığını gösteren miras, ticaret, borçlanma, faiz, zekat, infak gibi kavramlar ve kurumlar üzerinde uzunca durulmuş, bunlarla ilgili ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Hz. Peygamber (s.a.) de hem sözleri hem de uygulamaları ile özel mülkiyetin varlığını ve meşrûiyetini ortaya koymuştur. Nitekim emeği ve meşru kazancı teşvik eden[240], sahibinin izni olmadan başkasının malına el uzatılmaması ilkesini sıklıkla vurgulayan Resûl-i Ekrem (s.a.), vedâ hutbesinde, insanların mallarının, kanlarının ve ırzlarının haram (dokunulmaz) olduğunu duyurmuş[241], ayrıca meşru müdafaa şartları içerisinde malını korumaya çalışırken öldürülen kişinin şehid mertebesinde olduğunu belirtmiştir.[242] Diğer taraftan Allah Resulü (s.a.), fetihler sonrası zaman zaman mülk arazi tevcihlerinde bulunmuş, işletilmeyen sahipsiz arazinin tarıma elverişli hale getirilmesini (*ihyâu'l-mevât :* إحياء الموات) meşru mülk sebebi olarak kabul ve tatbik etmiştir.[243]

İslâm'ın temel amaçları itibariyle de özel mülkiyet önemle korunması gereken hususlardan biri kabul edilmektedir. Nitekim din, can, akıl ve nesil gibi malın korunması da İslâm'ın mutlaka korunup kollanmasını istediği, birey ve toplum hayatının normal işleyişinin kendisine bağlı olduğu vazgeçilmez genel amaçlarından *(zarûrât-ı dîniyye)* birini meydana getirmektedir. Öte yandan dokunulmazlık ve haram olma açısından İslâm, mal, can ve namusu eşit seviyede tutmuştur.

Ferdin yalnız başına bir şahsiyet olarak Allah'ın hükümlerine muhatap, mükellef ve sorumlu olduğunu ifade eden âyetler, onun aynı zamanda küçük-büyük, kadın-erkek ayırımı gözetmeksizin şahsî mülk edinme hakkının da olduğunu göstermektedir. Bu kabul, İslâm'ın malla ilgili düzenlemelerde gerçekleştirmeyi amaçladığı gaye ile de uyumludur. Zira Yüce Allah, insanın dünya ve âhirete yönelik maslahatlarının gerçekleşmesini mala bağlamış, bunun bir gereği olmak üzere hadis-i şeriflerde malın heder edilmesi, belirsizlik (ğarar) ve bilinmezlik (cehalet) içeren akitler yasaklanmıştır.

---

239 el-Bakara 2/188; en-Nisâ 4/10,29; el-Mâide 5/33,38

240 Buhârî, "Büyû'", 15

241 Buhârî, "İlim", 9, 37

242 Müslim, "Îmân", 226

243 Bk. *el-Mu'cemu'l-müfehres* (*Concordance*), "ihyâu'l-mevât" md.

Öte yandan insana mülk edinme hakkı tanınması, fıtratın gereğidir. Zira mülk edinme duygusu, fıtrî bir ihtiyaç ve arzunun ürünüdür. Her insanda yaratılıştan eşyayı sahiplenme, onda inhisârî bir surette tasarrufta bulunma ve çalışmasının karşılığını mâlik olma şeklinde görme duygusu vardır. Durum böyle olunca özel mülkiyeti ortadan kaldırmaya yönelik teşebbüsler, fıtrata karşı girişimler olmaktadır.

Bütün bunlar yanında Kur'ân'da, Allah'ın evren üzerindeki mutlak hükümranlığı gereği yeryüzünün ve oradaki imkânların Allah'a ait olduğu, O'nun lütuf ve ihsanı sonucu insanın eşyaya sahip ve onda tasarruf imkânına kavuştuğu ifade edilir.[244] Bu tür nispet ve vurgulardan hareketle hem klasik hem de çağdaş dönemde, eşyanın asıl mâlikinin Allah, insanların ise vekil konumunda olduğu, "ayn"ların gerçek sahibinin onu yoktan var eden ve yok etme gücüne sahip bulunan Allah olduğu, kulların ise sadece eşyanın menfaatine ya da sırf yararlanma hakkına sahip bulunduğu şeklinde görüş belirtenler olmuştur. Halbuki insanın beşer planındaki hukukî hakimiyeti ile Allah'ın evrendeki mutlak hükümranlığının aynı düzlemde ele alınması ve sanki bu hakimiyetler birbirinin alternatifiymiş gibi bir algıya kapı aralanması doğru olmayan bir yaklaşımdır.

Fıkıh âlimleri özel mülkiyetin niteliklerini genel olarak şu şekilde ifade etmişlerdir:

Sahibine en kapsamlı yetkileri sağlar. Kullanma, yararlanma, tasarruf gibi.

Diğer tüm haklarda olduğu gibi özel mülkiyet de prensip itibariyle mutlak olmayıp dinin ve hukukun çizdiği çerçeveyle sınırlandırılmış bir haktır.

Sahibine özgüdür.

Iskat ya da terkle sâkıt ve zamanla sınırlı olmayan sürekli bir haktır. Ancak menfaat mülkiyeti zamanla sınırlıdır.

Başlangıç itibariyle mülkiyet, tam mülkiyettir.

a2. Kapsamı (Toprak Mülkiyeti)

Özel mülkiyetle ilgili temel hususlardan birisi, toprağın özel mülkiyete konu olup olamayacağı meselesidir. Zira toprak, oluşumunda insan katkısının bulunmadığı, ortadan kaldırılması/yok edilmesi, arttırılması, bir yerden başka bir yere taşınması hatta şeklinin değiştirilmesi mümkün olmayan doğal kaynak/servet olarak diğer bütün eşyadan farklılık göstermektedir.

244 Âlü İmrân 3/189; el-En'âm 6/12; Tâhâ 20/6; ez-Zuhruf 43/85

Mülkiyetin kazanılması, sona ermesi, konusu (özellikle hak ve menfaatlerin mal sayılıp sayılmaması), kapsamı ve sınırlandırılması gibi hususlarda bazı farklı değerlendirmeler bulunmakla birlikte, özel mülkiyete konu olma açısından malın menkul ya da gayrimenkul oluşunun belirleyici olmadığında klasik dönem fukaha arasında ittifak bulunmaktadır. Çağdaş dönem fıkıh bilginlerinin cumhuru da bu görüşü benimsemektedirler.

Muasır bazı yazarlar, toprak-özel mülkiyet ilişkisi konusunda farklı değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Bunlardan bir kısmı (Câferî fıkıh geleneğine mensup bulunan Muhammed Bâkır es-Sadr, Mahmut Talegânî, Hüseyin Hâtemî gibi), toprağın hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olmayacağını, kişilerin ancak emekleri karşılığında yararlanma haklarının bulunduğunu iddia ederken; diğer bir kısmı ise (Nebhânî, Mannân, Fazlurrahmân gibi), kural olarak toprak üzerinde özel mülkiyet kurulmasının mümkün olduğunu kabul etmekte, ancak bu ilişkinin devamını emeğe/toprağın işletilmesine bağlamaktadırlar.

İlk görüşü savunanlar, özel mülkiyetin, oluşumunda insan emeğinin etkisi bulunan nesnelerle sınırlı olduğu ön kabulünden hareket etmektedirler. İkinci iddia sahipleri ise iddialarını, özel mülkiyet altında bulunmayan tarıma elverişsiz toprakların üretime kazandırılmasını teşvik *(ihyâu'l-mevât)* çerçevesinde, bu arazilerde üç yıl süreyle ziraat yapılmaması halinde zilyedliğin sona ermesini hükme bağlayan ilk dönem uygulama ve talimatlarından hareket ederler. Bu arada toprak-özel mülkiyet ilişkisi, toplumsal kalkınma ve bunun gerekleri açısından da değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Bu tür iddialara delil olarak gösterilen, *"Bütün bir yeryüzü Allah'a aittir"*, *"Allah, yeri canlılar için yaratmıştır"*[245] şeklindeki âyetlerin bağlamları dikkate alındığında, gerçekte hukukî bir norm belirlemesinin söz konusu olmadığı, Yüce Allah'ın insanoğlunun hizmet ve istifadesine sunduğu nimetlerin hatırlatıldığı, bunun bir gereği olmak üzere şükrün ve samimi kulluğun vurgulandığı açıkça görülmektedir. Kaldı ki, Kur'ân'ın ilk muhatabı olan Allah Elçisi (s.a.) ve onun seçkin ashâbı, söz konusu âyetlerden hareketle böyle bir beyan ya da uygulamada bulunmamışlardır.

---

245 el-A'râf 7/128; er-Rahmân 55/10. Benzer âyetler için bk. el-Bakara 2/284; el-A'râf 7/73; Hûd 11/64; ez-Zümer 39/10; eş-Şûrâ 42/49

Bu noktada, saadet asrı uygulamalarının, tarihî-sosyo-kültürel şartların gereği olup bağlayıcılık vasfının bulunmadığı şeklindeki iddialar, Resûl-i Ekrem'in (s.a.) dindeki konumu, söz ve uygulamalarının değeri ve bunlar karşısında müslümanca tavırla ilgili âyetlerle çelişirken, Hz. Peygamber'i (s.a.) adetâ paranteze alıp Kur'ân'a kendi arzu ve beklentilerini söyletmek dışında bir sonuç doğurmaz.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, toprağın özel mülkiyete konu edinilmesi, Kur'ân'ın nuzûlünden önce ve çok eski dönemlerden beri bilinen bir uygulama olmasına rağmen, Kur'ân'da bu uygulamanın ilgâsı, yerilmesi gibi bir hükmün yer almamış olmasıdır. Bu hususta yasaklayıcı bir nassın bulunmayışı, hukukî statü itibariyle uygulana gelen toprak düzeninin devamına onay verme anlamı taşır. Zira bir toplumda genel örf halinde benimsenip tatbik edilen bir konuda farklı bir açıklamaya / düzenlemeye yer verilmeyip sükût edilmesi, o uygulamanın meşrûiyetini gösterir.

Allah Resûlü'nün (s.a.) toprağın kiralanmasını yasaklayan beyanı[246] da, İslâm'ın toprakta özel mülkiyeti kabul etmediği iddiası için delil gösterilmiştir. Arazi üzerine kurulu kira sözleşmesinin caiz olduğunu gösteren rivâyetler[247] bulunmakla birlikte, kiraya vermeyi yasaklayan haberlerin bir kısmında bu yasağın sebebinin açıklandığı da görülmektedir. Sözgelimi Müslim'in rivâyet ettiği bir hadiste Câbir b. Abdullah (r.a.) şöyle demektedir: *"Biz Resûlullah (s.a.) zamanında su kenarlarını tarla sahibine vermek şartıyla araziyi üçte bir dörtte bir gibi nispetlerle kiralardık. Derken Resûlullah (s.a.) bu konuda açıklamada bulunmak üzere ayağa kalktı ve şöyle buyurdu: "Kimin yeri varsa onu eksin; ekmezse din kardeşine (ekmesi için) versin. Din kardeşine vermezse yerine sahip olsun!"*[248] Bu hadis, toprağın kiralanmasının niçin yasaklandığını (taraflardan birisi için zarar içeren fâsid şart ihtiva etmesi) belirtme yanında, özellikle son ifadesiyle toprağın hukukî statü bakımından durumunu net bir şekilde ortaya koymaktadır. Buna göre toprak üzerinde özel mülkiyet kurulması mümkündür ve bu hukukî ilişkinin devamı, toprağı işletme şartına bağlı değildir. Ancak kamu otoritesi, toplum maslahatının gerektirmesi durumunda, toprağın işletilmesiyle ilgili bağlayıcı nitelikte düzenlemelerde bulunabileceği gibi, işletilmeyip âtıl bırakılmasını önlemek üzere vergi vb. tedbirler de alabilir.

---

246 Müslim, "Büyû'", 87

247 Müslim, "Büyû'", 113-117

248 Müslim, "Büyû'", 96

Şu halde, Kur'ân ve Sünnet'in açık beyanları yanında, müslüman toplumların, saadet asrından bu yana herhangi bir kopukluk olmaksızın süregelen teorik kabul ve pratikleri, özel mülkiyete konu olma açısından malın, üretim malı, tüketim malı, menkul ya da gayrimenkul oluşu arasında fark gözetilmediğini açıkça ortaya koymaktadır.

b. Vakıf Mülkiyeti

Vakıf, hapsetmek, alıkoymak anlamlarına gelen bir kelimedir. Fıkıh bilginleri vakfı, iki farklı şekilde tarif etmişlerdir. Ebû Hanîfe ile Mâlikî ve Hanbelî fakihlere göre vakıf, *bir mülkün ayn'ı (rakabesi) sahibinin mülkiyetinde kalmakla birlikte, menfaatinin hayır cihetine tahsisidir.* Hanefî mezhebinin önde gelen diğer iki büyük müctehidi Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ile Şâfiî ve Zâhirîlere göre ise vakıf, *bir mülkün menfaatini hayır cihetine tahsis edip aynını Allah Teâlâ'nın mülkü hükmünde olmak üzere ebediyen mülkiyete konu olmaktan çıkarmaktır.*

Genellikle benimsenen bu son tarifteki, "ayn mülkiyetinin Allah'a ait olması" şeklindeki kayıt, vakfın rakabe mülkiyetinin hiçbir şahsın mülkiyetinde olmadığını ifade eder. Dolayısıyla vakıf malın ayn'ı üzerinde kimsenin mülkiyet hakkı yoktur, gelecekte mülkiyet ilişkisi kurulması da söz konusu değildir. Vakfın gelirlerinden yararlanma hakkı bulunanlar ise, sadece menfaatten istifade edebilirler.

Vakıf mülkiyeti, sahip olunan hakkın konusu ve sağladığı yetki açısından değerlendirildiğinde, her iki tanıma göre de eksik mülkiyet söz konusu olmaktadır. İlk tanıma göre vakfeden, vakıf malın sadece aynına sahip, vakıf gelirlerinden yararlanacaklar ise menfaatine mâliktirler. Şu var ki vakfeden, ayna mâlik olmakla birlikte bu mülkiyet sınırlıdır; dolayısıyla satım, hibe gibi nesneyi temlik mahiyetinde tasarruflarda bulunamaz.

İkinci tarife göre ise, vakıf mal üzerinde gerçek ya da tüzel hiçbir şahsın hakkı bulunmamakta, vakıf lehtarları ise, ayna zarar vermemek şartıyla sadece menfaatten yararlanabilmektedirler. Vakfın bu özellikleri, onun diğer mülkiyet türlerinden farklı ve İmam Şâfiî'nin (ö.204/819) ifadesiyle nev-i şahsına mahsus farklı bir mülkiyet kategorisi olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Vakfın unsurları, şartları, çeşitleri ve her bir türe ait ayrıntılı hükümler, fıkıh literatürünün ilgili bölümlerinden veya bu konuya tahsis edilmiş müstakil ilmî eserlerden öğrenilebilir. Burada konunun, mülkiyet teorisi bakımından oturduğu zemine temas ile yetinilmiştir.

c. Devlet Mülkiyeti

Fıkıh literatüründe devlet hazinesi *"beytülmâl"* kavramıyla ifade edilmektedir ve bu kavram, hem devlete ait malların muhafaza edildiği fizikî mekanı, hem de devlete ait taşınır ve taşınmaz malların bütününü ve bunların idaresiyle ilgili hukukî kurumu ifade eder. Bu durum, fıkıh bilginlerinin beytülmâli hükmî şahıs olarak değerlendirdiğini söylemeyi mümkün kılar. Nitekim beytülmâl adına borçlanıldığı durumlarda bu borca muhatap olan, borçlanmayı yapan kamu görevlisi değil, doğrudan doğruya beytülmâldir. Beytülmâl gelirlerinin mülkiyeti de doğrudan beytülmâl için sabit olmaktadır. Aynı şekilde beytülmâl, hukukî bir şahsiyet olarak mirasçısı bulunmayan terikelere sahip çıkmakta, husumet ve davalarda taraf olabilmektedir. Diğer yandan devlet başkanının beytülmâl üzerindeki hakkı bir kamu yetkisine dayanır ve harcamaları kendi isteğine bağlı olmayıp kamu yararıyla sınırlıdır.

Müslüman düşünce ve pratiğinde devlet hazinesi, taşınır ve taşınmaz çeşitli mallara ve gelir kaynaklarına sahiptir. Beytülmâlin sahip olduğu malları genel olarak dört gruba ayırmak mümkündür:

aa. Malî mâmelek: Para, kıymetli evrak ve diğer menkul mallardan oluşan bu mallar devletin mali varlığını ifade eder ve beytülmâl malları denildiğinde dar anlamda bu mallar kastedilir. Bunlar, bir kısmı sabit bir kısmı zaman ve şartlara bağlı olarak değişen çeşitli vergilerden ve diğer bazı gelirlerden oluşur. Amaçları gereği bu mallarda tedavül mümkündür.

bb. Araziler: Özellikle büyük fetihler sonucu elde edilen arazilerin hukukî statüsünün ne olacağı Hz. Peygamber (s.a.) döneminden itibaren fıkıh bilginlerinin yoğun ilgi gösterdiği konular arasında gelmektedir. Bu husus klasik doktrinde çok yönlü olarak tartışılmış ve fakihler arasında önemli görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Ancak buna rağmen *beytülmâl arazisi, memleket arazisi, havz arazisi*, Osmanlı döneminde *mirî arazi* ve *sultanî arazi* denilen hazine arazileri, Hz. Peygamber (s.a.) döneminden itibaren hep olmuştur. Tarih içinde az çok değişiklikler olmuş ise de, bu değişiklikler, esas itibariyle bu arazilerin işletilme tarzına ilişkindir.

cc. Devlete ait sanayi tesisleri ve ticarî işletmeler: Özellikle kârlılık oranının düşük olması sebebiyle özel sektörün yatırım yapmaya yanaşmadığı bazı üretim ve hizmet alanlarında devletin, kamu sektörü sıfatıyla özel kişiler gibi ekonomik ve ticarî faaliyetlere katılması mümkündür. Böyle bir durumda ilgili iktisadî teşekküller, devlet mülkiyetinin bir çeşidini oluşturacaktır.

dd. Hizmet malları: Hz. Peygamber (s.a.) döneminden itibaren kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülebilmesi için bazı hizmet araç ve merkezlerine ihtiyaç duyulmuş, bu çerçevede Resûl-i Ekrem (s.a.) zamanında elçi heyetlerinin konaklaması amacıyla bir ev edinilmiş ve yapımında Allah Resûlü (s.a.) bizzat çalışmıştır. Hz. Ömer'in (r.a.) Mekke'de hapishane olarak hizmet vermek üzere dört bin dinara bir ev satın aldığı, Hz. Ali'nin (r.a.) bir hapishane yaptırdığı, yine râşid halifeler döneminde vilâyetlerde vali konaklarının inşa edildiği bilinmektedir. Bu nevi hizmet mallarının mülkiyeti devlete aittir.

Hizmet malları, sayı ve çeşit bakımından ihtiyaca paralel olarak farklılaşma göstermiştir. Günümüzde hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane ya da diğer sağlık tesisleri, kütüphane, askeri koruganlar, haller, adliye sarayları, ceza evleri ve diğer kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi için zorunlu olan taşınır ve taşınmaz mallar, hizmet malı kategorisini oluşturmaktadır. Yalnız burada, özel sektör tarafından kurulup işletilen okul ve sağlık kuruluşlarının, mülkiyet açısından özel mülkiyet grubuna girdiğine dikkat edilmelidir.

d. Kamu Mülkiyeti

Kamu mülkiyeti, mahiyeti ve kendine özgü hukukî rejimi ile diğer mülkiyet çeşitlerinin tamamından ayrılan bir özelliğe sahiptir. Bu gruba giren mallar çok ve çeşitlidir. Yollar, akarsular, meydanlar, çarşı-pazar yerleri, mezarlıklar, mer'alar, yaylaklar, kışlaklar, çeşmeler, mabedler, hanlar, kervansaraylar, baltalıklar hep bu nitelikte mallardandır.

Kamu mülkiyetinden bütün fertlerin, başkalarına zarar vermemek şartıyla ve eşit seviyede yararlanma hakkı vardır.[249] Kamu mülkiyetine hâkim olan başlıca ilkeler, genellik, eşitlik, serbestlik, zarar vermeme ve ücretsizlik ilkeleridir. Kırlardan mantar, ormanlardan odun toplama gibi aslı itibariyle kamu denetiminde olup mülkiyete geçirilmeye elverişli olan malların ihraz ve iktisap şekilleri hususunda devlet düzenlemelerde bulunabilir.

Aslında devlet mülkiyetinde olan mallar da sonuç itibariyle kamu mülkiyetidir ve bu malların idare ve tasarrufunda kamu mülkiyeti prensipleri geçerlidir. Fakat bu iki mülkiyet türü, kamunun yararlanma şekli ve tabi oldukları hukukî rejim açısından bazı farklılıklar gösterir. Söz gelimi devlet mülkiyetine ait mallardan kişilerin yararlanması, gelirleri vasıtasıyla yani dolaylı olarak gerçekleşirken, kamu emlakinden istifadesi doğrudan doğruyadır. Bunun yanında hukukî

249 Mecelle, md.1254

rejim açısından kamu malları, devir ve ferağın caiz olmaması, haczedilememesi, zamanaşımının işlememesi, bu mallarla ilgili davalarda sulh ve ibranın caiz olmaması, teberru ve haksız inşaat hükümlerinin uygulanmaması gibi bir takım imtiyazlara sahiptir.

3. Hak Sahibinin Sayısı Bakımından Mülkiyet Çeşitleri

Mülkiyete konu edilen eşya üzerinde hak sahibi olanların sayısı bakımından mülkiyet, iki kısma ayrılır.

a. Tek Kişi Mülkiyeti

Mülk konusu eşyanın tüm bölüm ve parçalarıyla birlikte tek bir şahsa ait olduğu mülkiyet türüne tek kişi mülkiyeti denir. Bir ev, araba ya da kitaba tek bir kişinin sahip olması gibi. Bu mülkiyet türünün bariz özelliği, şahsa, mülk konusu eşyada serbest tasarrufta bulunabilme imkânı tanımasıdır.

b. Birlikte/Müşterek Mülkiyet

Birden çok şahsın, bir mal üzerinde gayrı muayyen pay (hisse) sahibi olduğu mülkiyet çeşidine müşterek mülkiyet denir. Bu mülkiyet türünde hiçbir ortağın hissesi belirlenmiş değildir ve malın tamamına oransal olarak (1/5, 1/3, 2/3 gibi) dağılmış durumdadır.

"Tek kişi mülkiyeti" ile "müşterek mülkiyet" ayırımı, "özel mülkiyet" ve "kamu mülkiyeti" ayırımıyla karıştırılmamalıdır. Kamu mülkiyeti, malların şahıslara değil tüm topluma ait olmasını ifade eder. Halbuki özel mülkiyette, mülkiyet konusu mallar, topluma değil kişilere aittir. Tek kişi mülkiyeti ve birlikte mülkiyet ayırımında, mülkiyet şahıslara ait olduğu için bu ayırım, özel mülkiyetin bulunuş şekilleri açısından yapılan bir sınıflandırmadır.

Mülkiyet haklarının kullanımı bakımından müşterek mülkiyet, tek kişi mülkiyetine göre bazı sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalar temelde diğer ortak ya da ortakların haklarını korumayı amaçlar. Bunun yanında müşterek mülkiyete konu bir malın rehin, hibe ve kira gibi işlemlere konu edinilmesi, Hanefîler dışındaki fıkıh mezheplerine göre caizdir. Hanefîler ise, malın bütün halinde rehin veren, bağışlayan veya kiraya verenle irtibatı kesilemediğinden bunun mümkün olmadığı kanaatindedirler.

Görüldüğü gibi müslüman düşünce ve geleneğinde, özel mülkiyet ve kamu mülkiyetinden birini benimsemek suretiyle diğerini ilga yoluna gidilmemiş, her iki mülkiyet türü de kendi çerçevesinde kabul edilmiştir. Bununla

birlikte mülkiyet düzeninin esasını özel mülkiyetin oluşturduğunu söylemek mümkündür. Fıkıh tefekkür ve geleneğindeki mülkiyet anlayışı, kendine özgü orijinal bir yapı arz eder. Eşyanın ve tüm evrenin yaratıcısı olması sebebiyle Kur'ân'da, mülkiyetle Allah arasında ilgi kurulması, hem mülkiyetin kaynağını belirleme, hem de tasarruf yetkisinin sınırını tayin açısından oldukça önemlidir. Bu ilginin ahlâkî/vicdânî boyutu yanında fıkhî yansımaları da söz konusudur.

F. Sınırlandırılması

Din ve hukuk tarafından benimsenen hakların, özü itibariyle mutlak mı yoksa bir takım kayıtlarla sınırlandırılmış mı olduğu hep tartışılagelmiştir. Bu hususta benimsenen görüşün, şahısla eşya arasındaki en güçlü ve kapsamlı yetkinin ifadesi olan mülkiyet hakkı için de geçerli olacağı açıktır. Tarihin her döneminde, genelde hakların özelde ise mülkiyet hakkının, mutlak bir hak olduğunu savunan görüş ve sistemler yanında; başta komşular olmak üzere diğer bireyler ve kamu yararına çeşitli şekillerde sınırlandırılmış bir hak olduğunu savunan görüş ve sistemler de olmuştur. Bununla birlikte, tarihî süreç içerisinde, mutlak hak düşüncesinden, haklarda sınırlılık fikrine geçiş şeklinde bir gelişmenin gözlendiği de belirtilmelidir. Bugüne gelindiğinde artık mutlak hak düşüncesinin oldukça zayıfladığı, bireysel haklarda tasarruf yetkisinin başkalarının ve kamunun zarar görmemesi şartına bağlı olduğu genel kabul gören bir yaklaşım olmuştur.

Kısaca özetlenen bu tablonun bir benzerini, fıkıh mezheplerinde benimsenen görüşler ve bunun tarihi gelişim seyrinde de görmek mümkündür. Özel mülkte tasarruf yetkisinin sınırlandırılması hususunda fıkıh tarihinde başlıca iki görüş ortaya çıkmıştır.

a. Özel mülkte tasarruf yetkisi mutlaktır; başta komşular olmak üzere diğer kişilerin veya toplumun bundan zarar görmesi takyit sebebi değildir. Zira mülkiyet kişiye, sahip olduğu nesne üzerinde en kapsamlı yetkileri sağlar. Mâlikin mülkiyet haklarını serbestçe kullanamaması, mülkiyetle elde edilen yetkilerin iptali gibi bir sonuç doğurur. Başkasının zarar görmesi gerekçe gösterilerek mâlikin mülkiyete dayalı tasarruflarını kısıtlamak, mülk sahibini daha ağır bir zarara maruz bırakmak olur. Şu var ki, bireysel hakların kullanımında başkalarına zarar verecek mahiyetteki tasarruflardan kaçınmak, hukukî anlamda değilse de, dinî-ahlakî bir gerekliliktir ve müstehaptır.

Hanefî (Ebû Yûsuf hariç) ve Şâfiî mezheplerinde hicrî altıncı asrın ortalarına kadar genellikle benimsenen görüş bu şekildedir. Bu dönemden itibaren Hanefî mezhebinde fâhiş zarar, Şâfiî mezhebinde ise örf ölçütüne bağlı sınırlılık düşüncesi yaygınlık kazanmıştır. Özde birleşen bu ölçüte göre, bir mülkiyet tasarrufunun etki alanına dâhil bulunan şahıslar açısından bu tasarruf, örfen makul karşılanan seviyenin üzerinde olumsuz etki meydana getiriyorsa, bu tür tasarruflar hukukî sınırlamaya tabidir. Şahsın özel mülkündeki tasarrufunun komşunun güneşini, ışığını, rüzgârını kesmesi, bunun en yaygın klasik örneklerindendir.

b. Her türlü hakta olduğu gibi mülkiyet hakkının kullanımında da kural, sınırlılıktır. Dolayısıyla mülkiyet tasarruflarının geçerliliği, bu tasarruftan başkasının zarar görmemesi şartına bağlıdır. Esasen bireylere tanınan haklar, başlangıçtan bu şarta bağlı olarak tanınmıştır.

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde benimsenen bu sınırlılık görüşüne göre, komşunun mülkünün yıkılmasına, zayıflamasına sebep olan, gürültü, duman ya da kokusuyla komşuları rahatsız eden, sağlık açısından tehlike arz edip çevreye kötü kokular yayan, mahremiyetin ihlaline sebep olan tasarruflarda bulunulamaz; bunlar hukuken engellenir. Söz gelimi bir kişi, manifaturacılar çarşısında mâliki bulunduğu yeri körükhâne, tabakhâne olarak işletemez; duvar dibine lağım çukuru (fosseptik) açamaz; komşunun evini veya avlusunu görecek biçimde kapı-pencere koyamaz. Bu tür zarar veren kullanımlar/işletmeler, mevcut ise kapattırılır; yeni inşâ edilmek ya da işletmeye açılmak isteniyorsa müsaade edilmez.

Âyet ve hadislerde bir müslümanın başkalarına sözlü veya fiilî biçimde zarar ve eziyet vermemesi, bu tür tutumlardan şiddetle kaçınması istenmiş, bütün fıkıh bilginleri tarafından bu husus, temel dinî-fıkhî bir esas olarak benimsenmiştir. Şu var ki onlar, bu genel ilkenin özel mülkiyet tasarruflarına uygulanması ve bunun çerçevesinin belirlenmesi hususunda farklı yaklaşımlar sergilemişlerdir.

Zarar ve eziyete sebep olan eylemlerin, insanlar arası ilişkilerin karşılıklı sevgi-saygı ve güven esasına dayalı olarak kardeşlik anlayışı çerçevesinde seyretmesi amacıyla bağdaşmayacağı açıktır. Hz. Peygamber (s.a.), komşusu kendisinden her bakımdan güven içerisinde olmayan kişinin gerçek imana eremeyeceğini Allah adına üç defa yemin ederek ifade etmiştir.[250] Öte yandan *"Baş-*

250 Buhârî, "Edeb", 29; Müslim, "İman", 73

kasına zarar vereni Allah da zarara sokar, başkalarına zorluk çıkarana Allah da işlerinde zorluk çıkarır"[251] buyuran Allah Resûlü (s.a.), müslümana zarar verme ya da onu aldatmanın lâneti gerektiren davranışlardan olduğunu belirtmiştir. *"Müslümana zarar veren veya onu aldatan mel'ûndur".*[252]

Resûl-i Ekrem'in (s.a.), *"Kim bir bina yaparsa, komşunun duvarı zarar görmeyecek şekilde binasını sağlam yapsın*"[253] şeklindeki tavsiyesi, mülkiyet tasarruflarında serbestlik-sınırlılık açısından oldukça önemlidir. Diğer yandan Allah Resûlü (s.a.), komşusunun kendisi üzerindeki hakkının neler olduğunu soran bir sahabîye verdiği cevapta, *"binayı onun binasından yüksek yaparak rüzgar almasını engellememe"*yi de saymıştır. Ayrıca Hz. Peygamber'in (s.a.), *"Hiçbiriniz komşusunu, duvarına kiriş dayamaktan menetmesin"* buyurmuştur. Hadisin râvisi Ebû Hureyre'nin (r.a.), -komşuların bu tür istifadelerine müsaade edilmediğini görmüş olmalı ki- *"Size ne oluyor da! Komşuya bu hakkı tanımaktan yüz çevirdiğinizi görüyorum? Allah'a yemin olsun ki, bu kirişler sizin omuzlarınıza dayanacak"* biçimindeki uyarısı, doğrudan kanundan kaynaklanan bir mülkiyet yükümlülüğünü tespit etmektedir.[254]

Naslarda net bir şekilde tespit edilen zarar vermeme ilkesi yanında, tikel delillerin tümel ilke ve amaçlarla birlikte değerlendirilmesi de önemlidir. Hukuk, bireye mülk edinme hakkı tanımıştır ve bu hak ona, sahibi bulunduğu nesne üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi sağlamaktadır (özel/tikel delil). Ancak bu tasarruf serbestisi, dinin ve hukukun temel amaçları ve genel prensipleri ile birlikte değerlendirilmelidir (tümel ilke ya da amaç: zararın önlenmesi). Bu tümel ilke, birçok âyet ve hadisin istikrâsından elde edildiği gibi, Resûl-i Ekrem (s.a.) tarafından *"zarar vermek de zarara zararla karşılık vermek de yoktur"* şeklinde açıkça ifade de edilmiştir. Dolayısıyla tikel delilin tümel ilke ve amaçlarla çeliştiği durumlarda, *"genel küllî prensiplerle özel deliller birlikte ele alınmalıdır"* kaidesi gereği, mülkiyete dayalı tasarruf yetkisinin, tümel ilke ve amacı (zararın önlenmesi/giderilmesi) ortadan kaldırmayacak şekilde sınırlandırılması gerekecektir.

Özel mülkte tasarruf yetkisinin komşular ve kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılması hususunda göz önünde bulundurulması gereken önemli husus, teknik imkânlar doğrultusunda bir takım tedbirler alınmak suretiyle zararlı etkiler

---

251 Ebû Dâvûd, "Akdiye", 31; İbn Mâce, "Ahkâm", 17
252 Tirmizî, "Bir", 27
253 Müsned, I,235,303
254 Buhârî, "Mezâlim", 20; Müslim, "Müsâkât", 136

giderilebildiği sürece tasarruf kısıtlamasına gidilemeyeceğidir. Çünkü amaç, mâlikin mülkiyet yetkilerini sınırlandırmak değil, zararı önlemektir. Şu halde zararlı etkileri bulunan tasarruflar noktasında öncelikle mâlikten, bu etkileri gidermesi istenir. Bu gerçekleşince, hukukî sınırlamaya ihtiyaç kalmaz.

Bu arada mülkiyet kısıtlaması için zararın fiilen gerçekleşmesi genel bir şart olmakla birlikte, mülkiyetin türü, konumu ve tasarrufun mahiyeti dikkate alındığında, zarar doğuracağı galip zan seviyesinde bilinen hususlarda, zararın fiilen oluşması beklenmeden o tasarruf engellenir. Bu, hukukî olduğu kadar iktisadî ve sosyal açıdan da gereklidir.

Öte yandan kısıtlama, hakkın özüne dokunmamalıdır. Kişiyi malından istifadeden alıkoyan veya oldukça zorlaştıran sınırlamalar, hakkın özüne dokunan kısıtlamalardır.

Birçok sebebe bağlı olarak değişip farklılaşarak sürüp giden hayat şartları göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir mülkiyet tasarrufundan etkilenme konumunda bulunanlar açısından, örfen normal karşılanmayan ve katlanılamayacak seviyedeki her zarar, kısıtlılık sebebi oluşturur. Kamunun zarar gördüğü, zararlı çevre etkileri meydana getiren ve sağlık açısından tehdit mahiyetindeki mülkiyet tasarrufları da, hukukî sınırlama gerekçesi kabul edilir.

Mülkiyet sınırlamalarıyla ilgili bu genel yaklaşımın, klasik fıkıh literatürüne terim düzeyinde yansıyan şuf'a, irtifak hakları ve istimlâk konularına kısaca işaret etmek istiyoruz. Bunlardan ilk ikisi birey yararı, diğeri ise kamu yararı gözetilen mülkiyet sınırlaması mahiyetindedir.

1. Şuf'a (الشفعة)

Bir akarın mülkiyetinin bedelli bir sözleşmeyle el değiştirmesi durumunda, şuf'a hakkı sahiplerinin aynı bedelle öncelikli alım hakkına şuf'a denir. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin de aralarında bulunduğu cumhura göre şuf'a sebepleri, satılan akarın aynında veya haklarında ortak olmaktır. Hanefiler bunlara üçüncü bir sebep olarak bitişik komşuluğu da eklerler.

Kaynağını sünnetten[255] alan ve sadece akarda geçerli olan şuf'a, gayri menkul mülkiyetinin kanunî takyidî mahiyetindedir. Zira şuf'a, şuf'a hakkı sahiplerine (şuf'adâr), müşteriyle belirlenen şartlarda akara mâlik olma hakkı

255 Hadisler için bk. Buhârî, "Hiyel", 14; "Şuf'a", 1; Ebû Dâvûd, "Büyû'", 75; İbn Mâce, "Şuf'a", 2

tanırken, akar mâliki ya da müşteriye de, söz konusu akarı bedeli karşılığında şuf'adârlara teslim etme mükellefiyeti getirmektedir. Dolayısıyla şuf'a, gayri menkul mülkiyetinin dolaylı takyidi mahiyetindedir. Dolaylı takyittir, zira şuf'a hakkı, şahsa değil paya bağlı bir hak olduğundan, kişinin akarı üzerinde mülkiyet tasarruflarında bulunmasına engel değildir. Sadece akarın üçüncü şahıslara bedel karşılığında devri durumunda şuf'adârlara o akarı aynı şartlarda öncelikli alım hakkı doğurmakta, mülkiyet sınırlaması da bu noktada devreye girmektedir.

Bu işlemde akar sahibi, karşı tarafını ve içeriğini kendisinin belirlemediği, belki de razı olmadığı bir hukuki ilişkiyi ve sonuçlarını kabullenmek zorunda bırakılmıştır. Dolayısıyla şâri', akar satışlarında, akar üzerinde ortaklığı bulunanların veya ona bitişik komşu olanların yararını, akar sahibinin hür iradesine öncelemiş; onun mülkiyete dayalı yetkilerini kısıtlamıştır.

Şuf'anın, hukukî, iktisadî ve sosyal açılardan birçok amacından söz edilebilir. Paydaşlar arasına istenmeyen yabancı kimsenin girmesine mani olmak, mümkün olduğu ölçüde payların bir elde toplanmasını sağlayarak gayrimenkullerin bölünmesini ve bu sayede özellikle tarım alanlarında iktisadî kaybı engellemek, komşuluk münasebetleri ve akarlar arasındaki hukukî ilişkilerde istikrarı temin etmek bu amaçlar arasında sayılabilir.

2. İrtifak Hakları (حقوق الارتفاق)

Bir akar üzerinde başkasına ait diğer bir akar yararına kurulmuş olan ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan aynî haklara irtifak hakları denir.

İrtifak hakkının temelinde, mülkiyet hakkının sağladığı kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinin birbirinden bağımsız hale getirilerek akar üzerinde daha geniş bir istifade imkânı tanınması düşüncesi yatmaktadır. Nitekim irtifak hakkı, lehine irtifak kurulan akar (hâkim akar) sahibi açısından yararlanma hakkı, üzerinde irtifak kurulu akar (hâdim akar) mâliki bakımından ise katlanma ve kaçınma yükümlülüğü doğurduğundan, mâlikin mülkiyet yetkilerini sınırlandırmaktadır. Hâdim akar mâliki meselâ bir geçit irtifakında, hâkim akar mâlikinin kendi akarından geçmesine katlanmakta; manzara irtifakında, belirli bir yükseklikten fazla yapı yapmaktan kaçınmakta, böylece mülkiyet hakkına dayalı yetkileri kısıtlanmış olmaktadır.

İrtifak hakkında, iki farklı kişinin, aynı akar üzerinde kurulu aynî hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla hak sahiplerinden her biri, hakkında tasarrufta

bulunurken, diğerine zarar vermeyecek şekilde hareket etmek mecburiyetindedir. Şu halde irtifak hakları, mülkiyetin hakkının, aynî hak taalluku sebebiyle kişiler yararına sınırlaması mahiyetindedir.

İrtifak haklarının başlıcaları şunlardır:

Hakku'ş-şirb: Bir akar sahibinin başkasına ait bir su kaynağından içme, sulama ya da kullanma suyunu alma hakkıdır.

Hakku'l-murûr: Bir akar sahibinin başkasına ait akardan geçmesine dair haktır.

Hakku'l-mecrâ (hakku'l-mesîl): Su kaynağından alınan temiz suyu başkasının akarından geçirerek kendi akarına ulaştırma ve atık sularını başkasına ait akardan geçirme hakkıdır.

Hakku't-teallî (hakku'l-karâr): Bir akar sahibinin başkasının akarı üzerinde inşaat yapma veya ağaç dikme hakkıdır.

3. İstimlâk (الاستملاك)

Türk pozitif hukukundaki yaygın kullanımıyla *kamulaştırma* demek olan *istimlâk, özel mülkiyet altındaki taşınmazın kamu yararı amacıyla bedeli ödenerek kamu malı haline getirilmesi demektir.*

Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerini düzenli ve sürekli bir biçimde yürütebilmeleri için ihtiyaç duyulan akarların satın alma veya kiralama yoluyla sağlanamadığı durumlarda, akar mâliklerinin rızasına bakılmaksızın cebrî iktisap yoluna başvurur. Oysa kural olarak mâlik, bedelli de olsa rızası olmaksızın herhangi bir hukukî işleme zorlanamaz; akdin karşı tarafını belirleme ve içeriğini tespit hususunda iradesi yok sayılarak bir sonucu kabule mecbur bırakılamaz. Şu halde istimlâk, mülkiyete dayalı yetkilerle, kamu yararının çatıştığı bir hali ifade etmektedir. Bu tür çatışma hallerinde, kamu yararının birey yararına öncelenmesini öngören maslahat temelli genel kural, istimlâk uygulamasına temel teşkil etmektedir.

Temel haklardan olan mülkiyet hakkı ve mal dokunulmazlığı esasının, idarecilerin keyfî uygulamalarıyla ihlal edilmemesi için, istimlâkin bir takım objektif şartlara bağlanması gerekir. İslâm İşbirliği Teşkilatı'na bağlı İslâm Fıkıh Akademisi Meclisi'nin 1988 yılında Cidde'de yaptığı dördüncü dönem toplantısında istimlâk konusu etraflıca ele alınmış, yapılan müzakereler sonunda özel mülkiyetin dokunulmazlığının dinî bir esas, malın

korunmasının da dinin beş temel amacından biri olduğu hatırlatılarak istimlâkin şu şartlara riâyet edilmek kaydıyla dinen caiz olacağına karar verilmiştir:

a. Piyasa değerinden az olmamak üzere bilirkişi tarafından belirlenen âdil bir bedel, peşin olarak ödenmelidir.

b. İstimlâk kararı yetkili resmî organlar tarafından alınmalıdır.

c. İstimlâk, kamu yararının gözetildiği yol, köprü, mescid gibi genel bir zarûret veya o ölçüde genel bir ihtiyaca dayanmalıdır.

d. İstimlâk edilen taşınmazın istimlâk amacı dışında bir maksat için kullanılmaması ve zamanı gelmeden istimlâke gidilmemesi gerekir.

Ayrıntılı biçimde ifade edilen bu şartlar, kamu yararı, zaruret ve ihtiyaç, âdil ve peşin bedel, amaca uygun kullanım ve işlemin her aşamasının yetkili organ tarafından yürütülmesi şeklinde özetlenebilir.

İLERİ OKUMA LİSTESİ

Abbâdî, Abdüsselâm Davûd, *el-Milkiyye fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye, tabîatuhâ ve vazîfetuhâ ve kuyûduhâ*, Amman 1974

Ali el-Hafîf (ö. 1978), *el-Milkiyye fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1990

Bilmen, Ömer Nasuhi (ö.1971), *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, t.y.

Cin, Halil, *Mîrî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, Konya 1987

Çalış, Halit, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyet ve Sınırlamaları*, Konya 2004.

———, "İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Konu Olma Bakımından Toprak Mülkiyeti", *Selçuk Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, sayı:14, Konya 2002, ss.145-164

Demir, Fahri, *İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Ankara 1988

Ebû Zehra, Muhammed (ö.1974), *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, yy., 1977

Günay, Hacı Mehmet, *İslâm Hukukunda Kamu Malları*, İstanbul 2001.

Hacak, Hasan, *İslâm Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi*, (yüksek lisans tezi, 1993), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

——— "İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005/2, sayı: 29, ss. 99-120

——— "Mülkiyet", DİA, İstanbul 2006, XXXI, 543-548

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku I-III*, İstanbul 1987

———, "Toprak Mülkiyeti ve Öşür", *Diyanet İlmi Dergi [Diyanet Dergisi]*, 1976, cilt: XV, sayı: 1, ss. 5-15; sayı: 2, ss.80-88

Mevdudî (ö. 1979), *Mes'ele milkiyyeti'l-ard fi'l-İslâm*, Dımaşk 1376/1957; Türkçe yayımı: *İslâmda Toprak Mülkiyeti*, (çev. Y. Şahin), İstanbul 1972

Muslıh, Abdullah b. Abdülazîz, *Kuyûdü'l-milkiyyeti'l-hâssa*, Beyrut 1408/1988

Musa, M. Yusuf, "Mülkiyet ve Bölümleri", (çev. M. E. Kılıçer, *Diyanet İlmi Dergi*, 1969, cilt: VIII, sayı: 86-87, ss. 210-215

Mutahharî, Âyetullah Murtaza, *İslâmî İktisadın Felsefesi: Serbest Piyasa, Planlı Ekonomi, Mülkiyet Sorunu*, (çev. K. Çamurcu), İstanbul 1995
Oğuzman-Seliçi, M.Kemal-Özer, *Eşya Hukuku*, altıncı baskı, İstanbul 1992.
Talegânî, Mahmut (1979), *İslâm ve Mülkiyet*, (çev. A. Saidoğlu), İstanbul 1989.
Tekinay, Selahattin Sulhi, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1989
Türkmen, Ali, *İslâm Eşya Hukuku*, Samsun 1996

KLASİK FIKIH LİTERATÜRÜ KONU VE KAVRAMLARI

Bu bölümde, Hanefî mezhebinin temel metinlerinden olan, Kudûrî'in (ö. 428/1037) "*el-Muhtasar*" isimli eserinden hareketle, fıkıh ilminin konu ve temel kavramları tanıtılmaya çalışılmıştır. Klasik fıkıh literatüründe genellikle benimsenen sistematik çerçevesinde konuların ele alınış şekli ortaya konulup temel terimler yaygın alt türevleriyle birlikte kısaca tanıtılmıştır.

Metin belirlenirken Hanefî mezhebinin tercih edilmesi, ülkemizde en yaygın mezhep oluşu; Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ının tercih edilmesi ise, birkaç istisna dışında fıkıh ilminin bütün konularını içeren sistematik temel metin oluşu sebebiyledir. Öyle ki Hanefî literatüründe *el-Kitâb* denildiğinde Kudûrî'nin bu eseri kastedilmektedir.

I. Konular

Klasik fıkıh literatüründe konular genellikle, genel kapsamlıdan dar kapsamlıya doğru olmak üzere kitâb, bâb, fasıl şeklinde tasnif edilir. *el-Muhtasar*'da kitâb genel başlığıyla ifade edilen konu ve terimler büyük harfle, diğerleri ise küçük harfle gösterilmiş, Kudûrî'nin konuları sırlayışı korunmuştur. Bu iki hususta konu bütünlüğü sağlayacağı düşüncesiyle birkaç yerde farklı uygulamada bulunulmuş, ayrıca terimlerin tekil-çoğul kullanımında, terimin tekil veya çoğul olarak yaygın şekli başa alınmış, diğeri de belirtilmiştir. Öte yandan, *el-Muhtasar*'da başlık halinde ele alınmayan istısnâ', karz, şirb, sibâk gibi konular, uygun yerlere yerleştirilerek tanıtılmıştır.

Bu tanıtıma geçmeden önce, klasik bir fıkıh kitabının sistematiğini görmek açısından Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ının konu sıralamasını ana başlıklarla kaydedeceğiz:

- Tahâret
- Salât
- Zekât
- Savm
- Hac
- Büyû'
- Sarf
- Rehin
- Hacir
- İkrâr
- Îcâr
- Şuf'a
- Şerike
- Mudârabe
- Vekâlet
- Kefâlet
- Havâle
- Sulh
- Hibe
- Vakıf
- Ğasb
- Vedîa
- Âriyet
- Lakît
- Lukata
- Hunsâ
- Mefkûd
- İbâk
- İhyâu'l-mevât
- Me'zûn
- Müzâraa
- Müsâkât
- Nikâh
- Radâ'
- Talâk
- Ric'at
- Îlâ
- Hul'
- Zıhâr
- Liân
- İddet
- Nafakât
- Hadâne
- Itk
- Mükâteb
- Velâ
- Cinâyât
- Diyât
- Meâkıl
- Hudûd
- Serika
- Eşribe
- Sayd ve zebâih
- Udhiyye
- Eymân
- Da'vâ
- Şehâdât
- Rucû' ani'ş-şehâde
- Edebü'l-kâdî
- Kasâme
- İkrâh
- Siyer
- Hazr ve ibâha
- Vesâyâ
- Ferâiz

II. Kavramlar - Terimler

Şimdi bu sıralamaya göre kavramları-terimleri tanıyabiliriz:

TAHÂRET (الطهارة / الطهارات)

Maddî ve manevî kirlerden belirli usullerle temizlenmeye *tahâret* denir. Namaz kılma, oruç tutma, Kâbe'yi tavaf etme, camiye girme, mushafa dokunma, Kur'ân okuma, eşiyle cinsel ilişki, talâk gibi birçok hususu doğrudan ilgilendirmesi, bilhassa namazın sahih olarak edasının, orucun da Ramazan ayı içerisinde edâyı gerektirecek şekilde ergenlik çağındaki kadınlara vücûbunun, tahâret şartına bağlı olması sebebiyle, fıkıh kitaplarının tamamının ilk konusunu, tahâret teşkil eder. *"Kitâbu't-tahâra"* ana başlığı altında

maddî-manevî kirlerden temizlenme, tuvalet sonrası temizlik, kadınların özel halleri, sular ve hükümleri, abdest, gusül, mesh ve teyemmüm konuları ele alınmaktadır.

Necâset, Hades (النجاسة - الحدث)

Maddî kirlilik haline *necâset*, manevî kirliliğe ise *hades* denir. Birincisinin temizlenmesi, bilinen maddî ve hakikî temizleme yöntemleriyle olur ki, bu dar anlamda, beden, elbise ve namaz kılınacak yerden maddî pisliklerin giderilmesini ifade eder ve bu temizliğe *necâsetten tahâret* denir. Necis olan maddeler, akıcı olup olmamasına göre katı *(câmid)* - akıcı *(mâyi')*; necis kabul edilişi hususunda delil bulunup bulunmaması veya delilin kuvveti açısından, hafif *(en-necâsetü'l-hafîfe)* - ağır *(en-necâsetü'l-ğalîza)* kısımlarına ayrılır. *Hadesten tahâret* ise, abdestsizlik ya da cünüplük sebebiyle insanda meydana geldiği kabul edilen manevî kirliliğin veya bunun sebebinin ifadesi olan *hades* halinin özelliğine göre, âyet ve hadislerde belirtilen organların dinen temizleyici özelliğe sahip su, toprak gibi şeylerle yıkanması veya mesh edilmesi şeklinde olur (mânevî/hükmî temizlik). Abdest almayı gerektiren manevî kirlilik haline *hades-i asğar*, bu durumdan temizlenmeye *tahâret-i suğrâ* (küçük temizlik); gusül abdesti almayı gerektirene (cünüplük, hayız, nifas) *hades-i ekber*, bundan temizlenmeye ise, *tahâret-i kübrâ* (büyük temizlik) denir.

Hayız, Nifas, İstihâza (الحيض - النفاس - الاستحاضة)

Ergenlik ile menopoz arası dönemde kadının döl yolundan belli süre ve aralıklarla olan kanamaya h*ayız (âdet görme, âdet kanaması, aybaşı hali)*; doğumdan sonra belli süreyle olan kanamaya *nifâs (lohusalık)*; bu ikisi dışında bir hastalıktan kaynaklanan kanamaya ise *istihâza* denir. Hayız ve nifas, gusül abdesti gerektiren manevî kirlilik (*hades-i ekber*) kabul edilirken, istihâza özür hali olarak değerlendirilir. Bu durumların, abdest, namaz, oruç, Kâbe'yi tavaf, i'tikâf, Kur'ân okuma gibi ibadetlerle ilgili yönleri yanında; eşle cinsel ilişki, boşanma, iddet, hamileliğin tespiti gibi aile hukukuyla ilgili boyutları da bulunmaktadır ve bunlardan her biriyle ilgili hükümler ilgili bölümlerde ayrıntısıyla ele alınmıştır.

Miyâh (المياه)

Necâsetten ve hadesten temizlenmenin temel aracı sudur. Tadı, rengi, kokusu değişmemiş sulara *mutlak su*, bunlardan birisi farklılaşan sulara ise, *mukayyed su* denir. Dinî ölçülere göre hem temiz hem de temizleyici özellikteki suya *tâhir*, temiz olmakla birlikte dinî temizlik yapmaya (abdest, gusül gibi) uygun olmayan sulara ise

tâhir gayri mutahhir su denir. Abdest veya gusülde kullanılan su, başka işlerde kullanılabilirse de tekrar abdest ya da gusül almaya elverişli değildir. Böyle sulara *mâ-i müsta'mel* denir. Klasik fıkıh literatüründe sular ve hükümleri, tahâret ana başlığı çerçevesinde ve umûmiyetle *"ahkâmu'l-miyâh"* başlığı altında işlenmiştir.

İstincâ, İstibrâ (الاستنجاء - الاستبراء)

Tuvalet ihtiyacının giderilmesinden sonra dışkı ve idrar kalıntılarının vücuda ve elbiseye bulaşarak onu kirletmemesini sağlamak amacıyla iyice temizlenmesine *istincâ* denir. Kanallardaki idrarın tamamen dışarıya atıldığından emin olmak amacıyla yürüme, öksürme gibi çeşitli yollarla yapılan temizliğe ise *istibrâ* denir.

Vudû' (الوضوء)

Namaz gibi bazı ibadetlerin edâsından önce, âyet ve hadislerde belirtilen organları su ile yıkama ve meshetme şeklinde gerçekleştirilen temizliğe *vudû'* (abdest), bu temizlik için kullanılan suya ise *vedû'* denir. Abdest organlarını âyet ve hadislerde belirtilen sıraya uyarak yıkamaya *tertîb*, ovalamaya ise *delk* veya *tedlîk* denir. Abdestin farzları, vacipleri, sünnetleri, müstehapları, mekruhları, abdesti bozan haller, abdest almanın farz, vacip, sünnet, müstehap olduğu durumlar, *"vudû"* başlığı altında genel hükümler düzeyinde; namaz kılma, Kur'ân okuma, mushafa dokunma, Kâbe'yi tavaf etme, camiye girme gibi tikel meselelerin hükümleri ele alınırken ise, özel hüküm düzeyinde ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

Ğusl (الغسل)

Cünüplük, hayız ve nifas gibi hükmî kirlilik halinden temizlenmeye *gusül* denir. Ağza alınan suyun, ağzın tamamını ıslatması amacıyla gargara yapmaya *mazmaza*, burna verilen suyu, genizde hissedilecek şekilde içe çekmeye ise *istinşâk* denir. Guslü gerektiren durumlardan birisi, rüyada görülen şeyler üzerine şehvetle meni boşalması halidir ki, buna *ihtilâm* denir. Abdest gereken durumlarda gusül evleviyetle gerekli olduğundan, abdestle ilgili hususların ele alındığı konularda gusül meselelerine de yer verilmiştir. Farklı olarak *"nikâh, zevâc"* genel başlığı altında eşler arası cinsel ilişkiye dair hususlar açıklanırken de gusül konusuna temas edilmiştir.

Mest, Mesh (الخُفّ - المسح)

Islak veya toprağa sürülmüş ellerin abdest ve teyemmümde belli organlara ya da sargı ve mestin üzerine sürülmesi şeklinde gerçekleştirilen hükmî temizliğe *mesh* denir. Genellikle deri vb. dayanıklı maddelerden yapılan belli özelliklere sahip ayak giysisine ise, *mest* denir.

Teyemmüm (التيمم)

Teyemmüm, maddî ve manevî kirlerden arınmanın aslî ve tabii aracı olan suyun hakikaten ya da hükmen bulunmaması durumunda, toprak ya da toprak cinsinden bir şeyle mesh şeklinde yapılan temizlik demektir.

SALÂT (الصلاة)

İslâm'ın temel rükünlerinden olan *namaz*, aklî dengesi yerinde ve ergenlik çağına gelmiş Müslümanların, belirli vakitlerde bilinen şekillere bağlı kalarak edâ ettikleri temel ibadettir. Namazın vücup ve sıhhat şartları; namazı bozan (müfsid) haller; beş vakit namaz, cuma, bayram, vitir, terâvih, cenaze namazlarıyla, yolcunun namazı *(salâtü'l-müsâfir)*, yağmur yağması için edilen dua ile birlikte kılınan namaz *(salâtü'l-istiskâ)*, güneş ve ay tutulması üzerine edâ edilen namaz *(salâtü'l-küsûf, salâtü'l-husûf)*, cephede veya düşmanın her an saldırıya geçmesi muhtemel durumlarda bazı farklılıklarla kılınan korku namazı *(salâtü'l-havf)*, farz namazların öncesinde veya sonrasında kılınan *(revâtib)* veya onlardan bağımsız belirli vakitlerde edâ edilen nafile namazlar konularına ilişkin hükümler, fıkıh kitaplarının *"kitâbu's-salât"* genel başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Namaz vakitleri, namaz kılmanın mekruh olduğu zaman dilimleri, farz namazların vaktinin girdiğinin sünnetle belirlenen sözlerle ve özel şekilde müminlere duyurulması *(ezân)*, cemaatle namaz gibi hususlar da aynı başlıkta işlenir. Cenaze namazı bağlamında, Allah yolunda mücadele verirken canından olan *(şehîd)* kişilerle ilgili hususlar da bu kapsamda işlenmiştir.

ZEKÂT (الزكاة)

Dinî ölçülere göre zengin sayılan müslümanların belirli şartları taşıyan malvarlıklarının muayyen bir miktarını zekât almaya ehil kabul edilenlere Allah rızası için vermelerine *zekât* denir. Zekât mükellefiyeti için, kişinin kendisi ve ailesinin bir yıllık gıda, giyim, barınma, sağlık, eğitim gibi zekât matrahı dışında tutulan, diğer bir ifadeyle zekata tabi olmayan ihtiyaçlar (*havâic-i asliyye*: temel ihtiyaçlar) ayrıldıktan sonra, asgarî dinî zenginlik ölçütü *(nisâb)* düzeyinde bir ekonomik varlığa sahip olması, mevcut malvarlığının fiilen ya da hükmen (itibari olarak) artma özelliğinin bulunması *(nemâ)*, bu halin üzerinden bir yıl geçmesi *(havelânü'l-havl, havl-i havelân)* gerekir. Bu şartlarla ilgili ayrıntılı hükümler yanında, zekâta tabi mallar ve özellikleri, zekât kalemlerinin her biri için nisab ölçütü, alacakların zekâtı, zekâtın harcama yerleri *(mesârifü'z-zekât)* ve ilgili daha başka hususlar, *"kitâbu'z-zekât"* ana başlığının konularıdır.

SAVM (الصوم)

Allah'a kulluk amacıyla kişinin kendisini, tan yerinin ağarmasından (fecr-i sâdığın doğmasından) güneşin batmasına kadar yemeden, içmeden ve cinsel ilişkiden uzak tutmasına (imsâk) *oruç* denir. Orucun vücûp ve edâ şartları; farz, vâcip, mendûb, mekrûh, haram gibi oruç çeşitleri ve hükümleri; orucu bozan ve bozmayan durumlar, orucun kazası ve keffâret, oruç tutmamayı mübah kılan sebepler ve bu durumu telafi mahiyetinde olmak üzere, mazeretli şahsın ortalama bir günlük gıda harcaması kadar bir malî değeri fakirlere verme *(fidye)* sorumluluğu, *"kitâbu's-savm* veya *kitâbu's-sıyâm"* başlığının temel konularıdır.

İ'tikâf (الاعتكاف)

Kişinin Allah rızası için muayyen bir süre kendisini normal davranışlardan uzak tutarak bir caminin uygun bir köşesinde ibadete adamasıdır. İ'tikâfta bulunan kişiye *mu'tekif* veya *âkif* denir. Ramazanın son on gününde i'tikâfta bulunmak (i'tikâfa girmek) sünnet olduğundan, fıkıh kitaplarında i'tikâf konusuna *"savm"* genel başlığının son kısmında veya onu takiben yer verilmiştir.

Zekâtü'l-fıtr, sadakatü'l-fıtr (زكاة الفطر - صدقة الفطر)

Türkçe fitre kelimesiyle ifade edilen bu malî ibadet, ramazanı yaşamanın, onun bereketinden yararlanmış halde bayrama erişmenin bir şükrü mahiyetinde olmak üzere, dinen zengin sayılanların kendileri ve malî sorumluluklarını üstlendikleri kişilerden her biri için, kendisi veya aile bireylerinden birinin bir günlük ortalama gıda harcaması kadar bir malî değeri fakir ve yoksullara verme mükellefiyetini, ayrıca verilen bu para ya da malı ifade eder. Fitre konusu, fıkıh kitaplarının bir kısmında, benzer mahiyete sahip olması sebebiyle *"zekât"* başlığı altında, bazılarında ise, hikmeti ve ramazan bayramı sabahı yükümlülük haline gelmesinden ötürü *"savm, sıyâm"* konusunda ele alınmıştır.

HAC VE UMRE (الحج - العمرة)

Dinî ölçülere göre zengin sayılanların ibadet niyetiyle ve hac aylarında Arafat'ta bulunmalarına ve Kâbe'yi ziyaret etmelerine *hac* denir. Farz olmamak ve belli bir zamanla kayıtlı bulunmamak üzere ibadet kastıyla Kâbe'yi ziyarete ise *umre* denir. Hac ibadetiyle ilgili temel kavramlar şunlardır:

Kırân, ifrâd, temettû (القران - التمتع - الإفراد)

Bir hac mevsiminde aynı ihramla hem haccın hem de umrenin ifa edildiği hacca *hacc-ı kırân*, umre yapmaksızın eda edilen hacca *hacc-ı ifrâd*, umre ve haccın ayrı ayrı niyet ve ihramla gerçekleştirilmesine ise *hacc-ı temettû* denir.

Mîkât (الميقات / المواقيت)

Hac ve umre yapmak üzere yola koyulanların ihrama girdikleri zamanı ve yeri ifade eder. Mîkât yerleri, Zülhuleyfe, Cuhfe, Zât-ı ırk, Karnü'l-menâzil ve Yelemlem'dir.

İhrâm (الإحرام)

Hac veya umreye niyet eden kişinin, diğer zamanlarda yapması mubah olan bazı fiilleri, ibadetin gereklerini yerine getirinceye kadar kendisine yasak/haram kılmasına *ihram* denir. Vücudun üst kısmını örten ihram bezinin/kumaşının sağ koltuk altından geçirilerek sağ omuzu açıkta bırakmaya ise *ızdıbâ'* denir.

Telbiye (التلبية)

"لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك" şeklindeki sözlerle hac veya umreye niyetlenen müslümanın, Allah'ın iradesine mutlak teslimiyetini ve emrine âmâde oluşunu ifade etmesidir.

Tavaf (الطواف)

Şartlarına ve âdâbına uygun bir şekilde Kabe'nin etrafını bir defa dolaşmaya *şavt*, yedi şavta ise *tavaf* denir. Tavafın ilk üç şavtında biraz hızlı ve çalımlı yürümek *remel* kavramıyla ifade edilir. Tavafın, Kâbe'ye dâhil olması sebebiyle *hicr*den yani Kâbe'nin kuzey kısmında yay şeklindeki duvarın (buna *hatîm* denir) dışından gerçekleşmesi gerekir. Mekke dışından gelenlerin zaman geçirmeden Kâbe'yi tavaf etmelerine *tavâfu'l-kudûm*; Arafat dönüşü Mina'da gecelenen günlerde gerçekleştirilen farz tavafa, *tavâfu'z-ziyâra* (ayrıca *tavâfu'l-ifâda, tavâfu'l-farz, tavâfu'r-rukn*); Mekke'den ayrılmadan önce Kâbe ile vedalaşma anlamı taşıyan tavafa ise, *tavâfu'l-vedâ* ya da *tavâfu's-sader* denir.

Sa'y (السعي)

Safâ ve Merve tepeleri arasını yedi kez gidip gelmeye *sa'y*, bunun yapıldığı yere ise *mes'â* denir. Bu iki tepe arasındaki belli bir mesafe (bugün itibariyle yeşil ışıkla aydınlatılan direkler arası) canlı ve biraz süratli geçilir ki, buna *hervele* denilmektedir.

Vakfe (الوقفة)

Hac ibadetinin edası sırasında Arafat ve Müzdelife'de belli bir süre bulunmaya vakfe denir.

İhsâr (الإحصار)

Hac ve umre için ihrama girdikten sonra bir mani sebebiyle ibadetin gereklerinin tamamlanamamasına *ihsâr* denir.

Hedy (الهدي)

Hac ve umre yapanların harem sınırları içerisinde kestikleri kurbana *hedy* denir.

BÜYÛ' (البيوع)

İslâm borçlar hukukunun temel kavramı olan büyû', bey' kelimesinin çoğuludur ve satım akdi demektir. Borçlar hukukundaki diğer bütün hukukî işlemler için model akit özelliği taşıması sebebiyle, akitlerle ilgili genel ilke ve hükümlere büyük oranda bey' konusundan ulaşmak mümkündür.

İkâle (الإقالة)

Bağlayıcı (lâzım) ve feshe uygun bir akdin tarafların karşılıklı rızasıyla bozulmasına *ikâle* denir.

Müsâveme, Murâbaha, Tevliye, Vadîa (المساومة، المرابحة، التولية، الوضيعة)

Bu terimlerden her biri, satım akdinde semenin belirlenme şekilleri itibariyle akit türlerini ifade eder. Bedelin (semen), akit konusunun maliyetinden bağımsız olarak serbest pazarlık usulü belirlenmesi şeklinde gerçekleşen akde *müsâveme* denir. Satıcı tarafından malın maliyetinin müşteriye açıklandığı akitlere *bey'u'l-emâne* denir ki, güvene dayalı akit demektir. Maliyet üzerine belirli bir kâr ilave edilerek gerçekleştirilen satım sözleşmesine *murâbaha*, maliyete satışa *tevliye*, maliyetin altında bir bedelle satmaya ise *vadîa* denir. Güvene dayalı akitlerde satıcının müşteriye yalan söylediğinin ortaya çıkması durumunda müşteri için muhayyerlik hakkı doğar. Bu muhayyerliğe hıyânet muhayyerliği *(hıyâru'l-hıyâne)* denir.

Ribâ (الربا)

Akdin kuruluşu esnasında, somut iktisadî bir değere karşılık olmaksızın tek taraflı yarar sağlayan bir şartın ileri sürülmesine ve bu şekilde elde edilen fazlalığa *ribâ/faiz* denir. Bir başka tanımlamayla ödünç işlemleri veya alışveriş sırasında şart koşulan ve karşılığı bulunmayan gerçek veya hükmî fazlalıktır.

Bey' bi'l-vefâ (البيع بالوفاء)

Bir malın, bedeli iade edildiğinde geri alınmak şartıyla satılmasına *bey' bi'l-vefa* denir. Bu işlem, *bey' bi şarti'l-vefâ, bey'u'l-câiz, bey'u'l-muâmele* şeklinde de ifade edilir.

Bey'u'l-îne (بيع العينة)

Kredi ihtiyacının en azından şekil bakımından hukuka uygun bir yolla temin edilmesi amacıyla geliştirilmiş olan bu işlem, bir malı vadeli olarak satın alıp, aynı kişiye daha düşük bir bedelle peşin olarak satmak demektir. Böylece mal satıcıya geri dönerken müşteri nakit elde etmiş olmaktadır.

Selem (السلم)

Selem, cinsi, türü, miktarı, özellikleri, teslim zamanı belirlenmek şartıyla para peşin mal veresiye yapılan akit demektir. Selem akdinin taraflarından müşteriye *rabbü's-selem*, satıcıya *müslemun ileyh*, akdin konusuna *müslemun fîh*, peşin ödenen semene ise, *ra'sü'l-mal* ya da *ra'sü mâli's-selem* denir. Selem akdi *selef* şeklinde de isimlendirilir.

İstısnâ' (الاستصناع)

Belirli bir ücret karşılığında özellikleri belirlenmiş bir malın imal edilmesini konu edinen akde *istısnâ'* denir. Sipariş verene *müstasni'*, sipariş kabul eden kişiye *sâni'*, sipariş verilen, imal edilecek olan mal veya esere ise *masnû'* denilir.

Sarf (الصرف)

Mecelle'de (md.101) *"sarf, nakdi nakde bey' itmektir ki, Türkçe akçe bozmak tabir olunur"* şeklinde ifade edilen sarf, altın, gümüş gibi hakikî ve bunlar dışındaki itibarî paraların birbirleriyle veya diğer paralarla değişimi demektir.

Karz (القرض)

Bir kişiye tüketim amaçlı olarak para veya mislî eşya türündeki bir malı borç vermeye *karz*, bu şekilde gerçekleşen akde ise, *karz akdi* denir. Borç istemeye *istikrâz*, borç isteyene *müstakriz*, borç verene (alacaklıya) *mukriz*, borç verilen mala ise *mukrez* denir.

Âriyet (العارية)

Bir malın menfaatinden karşılıksız olarak yararlanıp sahibine geri iade etme şeklinde gerçekleşen akde *âriyet akdi* denir. Ödünç veren *muîr*, ödünç alan *müsteîr*, ödünç verilen mal *muâr, müsteâr* veya *âriyet*, ödünç alma işi ise *istiâra* şeklinde isimlendirilir.

Arâyâ (العرايا)

Belli bir miktar kuru hurmanın tahminen aynı miktardaki taze hurmayla değiştirilmesine *arâyâ* ya da *bey'u'l-arâyâ* denir. Ağaçtaki yaş hurmanın aynı miktardaki kuru hurma karşılığında satımı ise *müzâbene* kavramıyla ifade edilir.

REHİN (الرهن / الرهون)

İslâm eşya hukukunda sınırlı aynî haklardan olan *rehin*, bir malın bir alacağa karşılık aynî teminat olmasını sağlayan akit ve bu akde konu olan mal demektir. Rehin verene (borçluya) *râhin*, rehin alana (alacaklıya) *mürtehin*, rehinle teminata bağlanan hakka *merhûn bih*, rehin konusu mala ise *rehin* ya da *merhûn* denir. Başkasına ait bir malın rehin vermek üzere ödünç (âriyet) alınmasına ise, *er-rehnü'l-müsteâr* denir. Borç, tamamen ve gereği gibi ödenmediği sürece râhin, esasen mâliki bulunduğu rehne kavuşamaz. Bir malı rehin durumundan çıkarmaya *fekkü'r-rehn* veya *fikâku'r-rehn* denilir. Malî bir hakkın yine mal ile güvenceye bağlanmasını ifade eden rehin ve ipotek konuları, bunlarla ilgili hükümler, borcun vadesi gelmesine rağmen ödemenin gereği gibi yapılmaması halinde râhine uygulanacak hapis ve cebrî icra yoluyla satış gibi hususlar bu başlık altında işlenmiştir.

ŞİRB (الشرب)

İslâm eşya hukukunda sınırlı aynî haklardan irtifak haklarının türlerinden birisini şirb hakkı oluşturur. Mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin kısıtlanması mahiyetinde olan *irtifak hakkı*, bir akar üzerinde diğer akar lehine kurulu sınırlı aynî hak demektir. Başlıca irtifak hakları şunlardır:

Hakku'ş-şirb (kaynak=su alma hakkı) (حق الشرب)

Bir akar malikinin başkasına ait su kaynağından arazisini sulama gibi amaçlarla su alma hakkı demektir.

Hakku'l-murûr (geçit hakkı) (حق المرور)

Bir arazi sahibinin başkasına ait arazi yahut yoldan geçme hakkıdır.

Hakku'l-karâr (üst=inşaat hakkı) (حق القرار)

Başkasına ait bir akar üzerinde inşaat yapma, ağaç dikme veya bu tür mevcut şeyleri koruma hakkına *hakku'l-karâr* veya *hakku't-teallî* denir.

Hakku'l-mecrâ (حق المجرى)

Bir kaynak üzerinde kurulu su alma hakkı sayesinde alınacak temiz suları başkasının akarından geçirme veya damda, avluda biriken sularla pis suları dışarıya akıtma hakkına *hakku'l-mecrâ* denir.

Hakku vad'i'l-cüzû' (kiriş koyma hakkı) (حق وضع الجذوع)

İnşa ettiği yapının kiriş uçlarını başkasının duvar, kolan gibi kısımlarına dayama hakkı demektir.

HACR (الحجر)

Tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetlilerin tek başlarına hukuken geçerli tarzda sözlü tasarrufta bulunamamasına *hacir*, hacir altına alınan kişiye de *mahcûr* denir.

İKRÂR (الإقرار)

İslâm yargılama hukukunda ispat vasıtalarından birini oluşturan ikrâr, mükellef bir şahsın, herhangi bir zorlama olmaksızın başkasına olan borcunu, bir hakkı veya işlediği bir fiili haber vermesi demektir. İkrârda bulunana *mukir*, lehine ikrarda bulunulan kişiye *mukarrun leh*, ikrara konu olan hakka ise *mukarrun bih* denir.

İCÂRA (الإجارة / الإجارات)

Türkçe karşılığı kira olan icâre, bir malın menfaat mülkiyetinin belirli bir süre için ücret karşılığında devredilmesini konu edinen sözleşmedir. Malını kiraya verene *mûcir*, kiralayana *müste'cir*, kiralanan mala ise *mûcer* denir. Fıkıh literatüründe ele alındığı şekliyle icâre akdi, günümüzde kira ve iş sözleşmelerini içeren bir genişliğe sahiptir.

ŞUF'A (الشفعة)

Bir akarın mülkiyetinin bedelli bir sözleşmeyle el değiştirmesi durumunda, akarın aynında veya haklarında ortaklığı bulunanların ya da bitişik komşu olanların söz konusu akarı aynı bedelle öncelikli alım hakkına *şuf'a* denir.

Şuf'a hakkı sahibi *şefî'*, mülkiyeti el değiştirip şuf'a hakkı ile alınan akar *meşfû*, şuf'a hakkının doğmasını sağlayan akar ise *meşfûun bih* şeklinde ifade edilir.

ŞERİKE (الشركة / الشركات)

İki veya daha fazla kişinin bir mal, menfaat, emek veya kârda ortak olmasına şerike/şirket denir. Fıkıh literatüründe şirket kavramı iradeye bağlı olan ve olmayan bütün ortaklıkları ifade etmek üzere kullanılmış, oluşum şekillerine göre üç kısma ayrılarak incelenmiştir.

Şeriketü'l-ibâha (شركة الإباحة)

Kamu mallarından yararlanma hususunda bütün bireylerin hak sahibi olmasına, istifade ve kullanma noktasında fırsat eşitliğine *şeriketü'l-ibâha* denir.

Şeriketü'l-mülk (شركة الملك)

Satın alma, hibeyi ve vasiyeti kabul, mirasçılık, birbirinden ayrılamayacak şekilde malların karışması gibi iradeye bağlı olan ve olmayan sebeplerle bir mal ya da hak üzerinde birden fazla kişinin ortaklığına *şeriketü'l-mülk* denir.

Şeriketü'l-akd (شركة العقد)

İki veya daha fazla kişinin sermaye, emek yahut kredi imkânlarını belirli ölçüler içerisinde birleştirmeleri ve kârın tespit edilen oranlara göre paylaşımı şeklinde gerçekleşen akde, *şeriketü'l-akd* denir. Akit şirketi, tarafların karşılıklı sermaye koymaları şeklinde gerçekleşirse *şeriketü'l-emvâl*, emeğe dayalı ise *şeriketü'l-a'mâl*, kredi imkanına/toplumsal itibara bağlı ise *şeriketü'l-vücûh* adını alır. Emvâl, a'mâl ve vücûh şirketlerinden her birisi, ortaklar arası hak ve yetki dengesi bakımından müfâvada ve inân kısımlarına ayrılır. Şirket sermayesi olmaya elverişli bütün varlıkların ortaya konulması, kârın eşit paylaşımı ve ortakların birbirinin kefîli olması biçimindeki şirkete *şeriketü'l-müfâvada*, hak ve yetki eşitliğinin bulunmadığı ortaklığa ise *şeriketü'l-inan* denir.

MUDÂRABE (المضاربة)

Ortaklardan bir kısmının sermaye diğerlerinin ise emekleriyle katıldıkları, ortaklar arasında kârın belirlenen oranlara göre paylaşıldığı emek-sermaye ortaklığına *mudârabe* denir. Sermaye sahibi *rabbü'l-mâl*, sermayeyi işletecek olan *mudârib*, şirket sermayesi *ra'su'l-mâl* şeklinde isimlendirilir.

VEKÂLET (الوكالة)

Kişinin yapmaya dinen ve hukuken ehil olduğu ve niyâbet kabul eden bir konuda kendisi adına hareket etmek üzere başka birisini yetkilendirmesine *vekâlet* denir. Yetkilendirilen kişi *vekîl*, yetki veren *müvekkil*, yetki verme *tevkîl*, vekâletin konusu ise *müvekkelun bih* şeklinde ifade edilir.

KEFÂLET (الكفالة)

Bir hakkın mal ile güvenceye bağlanmasına *rehin*, şahısla teminat altına alınmasına ise *kefâlet* denir. Diğer bir ifadeyle *kefâlet*, bir hakkın elde edilmesi hususunda güvence sağlamak üzere alacaklı karşısında borçlunun sorumluluğuna başka bir kişinin de katılması demektir. Mecelle (md. 612) bu durumu *"kefâlet, bir şeyin mütâlebesi hakkında zimmeti zimmete dammetmektir"* şeklinde ifade etmiştir. Borcu üstlenene *kefîl*, alacaklıya *mekfûlun leh*, borçluya *mekfûlun anh*, kefâletle üstlenilen sorumluluğa ise *mekfûlun bih* denir.

HAVÂLE (الحوالة)

Havâle, borcu bir kişinin sorumluluğundan (zimmetinden) başka birisinin sorumluluğuna nakletmektir. Borçluya *muhîl*, alacaklıya *muhâlun leh* veya *muhtâl*, borcu üstelenene *muhâlun aleyh* ya da *muhtâlun aleyh*, havale ile üstlenilen borca ise *muhâlun bih* denir.

SULH (الصلح)

Aralarında hak-sorumluluk ilişkisi veya iddiası bulunan kişilerin, bu durumu sonlandırmak yahut anlaşmazlığı bertaraf etmek amacıyla karşılıklı olarak anlaşmalarına *sulh* denir. Karşılıklı irade beyanıyla kurulan sulh akdinde, sulh yapana *musâlih*, üzerinde anlaşılan sulh bedeline *musâlehun aleyh*, sulh akdine konu olan hakka yahut davaya ise *musâlehun bih* denir.

HİBE (الهبة)

Bir malın bedelsiz olarak başka bir şahsın mülkiyetine geçirilmesine hibe denir. *"Hibe, bilâ ivaz bir malı âhara temliktir"* (Mecelle, md.833). Bu hukukî işlemin taraflarından hibede bulunana *vâhib*, hibede bulunulan kişiye *mevhûb leh* denirken, hibe edilen mala ise *mevhûb* denir.

VAKF (الوقف / الأوقاف)

Ebû Hanîfe ile Mâlikî ve Hanbelî fakihlere göre *vakıf (ç.evkâf)*, bir mülkün aynı (rakabesi) sahibinin mülkiyetinde kalmakla birlikte, menfaatinin hayır cihetine tahsisidir. Hanefî mezhebinin önde gelen diğer iki büyük müctehidi Ebû

Yûsuf ve İmam Muhammed ile Şâfiî ve Zâhirîlere göre ise vakıf, bir mülkün menfaatini hayır cihetine tahsis edip aynını Allah Teâlâ'nın mülkü hükmünde olmak üzere ebediyen mülkiyete konu olmaktan çıkarmaktır. *Habs (ç.ahbâs), sadaka (ç.sadakât)* terimleriyle de ifade edilen vakıf işleminde, malını vakfeden kişiye *vâkıf*, vakfa konu edilen mala *mevkûf* veya *vakf*, vakfın tahsis edildiği şahıs, konu veya yöne ise *mevkûfun aleyh, meşrûtun leh, mesârifu'l-vakf* denir.

GASB (الغصب)

İslâm borçlar hukukunda mala yönelik haksız fiillerden birisini ifade eden gasb, başkasına ait bir malın güç kullanılarak alenen alınmasıdır. Bu fiili gerçekleştirene *gâsıb*, malı elinden zorla alınana *mağsûbun minh*, gasbedilen mala *mağsûb* denir.

VEDÎA (الوديعة)

Bir kişiye koruması için bir malın emanet edilmesine ve bu şekilde emanet edilen mala *vedîa* denir. Emanet bırakan *mûdi'*, emanet edilen kişi *mûda'* veya *müstevda'*, emanet bırakma işlemi ise *îda'* şeklinde ifade edilir.

ÂRİYET (العارية)

Bir şahsa, bedelsiz olarak belirli bir süre kullanmak üzere bir malı vermeye *âriyet* denir. Türkçe karşılığı ödünç/iğreti sözleşmesi olan âriyette, ödünç verene *muîr*, ödünç alana *müsteîr*, ödünç alma işlemine ise *iâre* denir.

LAKÎT (اللقيط)

Lakît, ailesi tarafından zina ithamından kaçınmak, fakirlik korkusu gibi sebeplerle sokağa terkedilmiş veya yitirilmiş olup, ailesi bulunamayan ve bilinemeyen buluntu çocuk demektir.

LUKATA (اللقطة)

Sahibi bilinmeyen buluntu mala *lukata* denir. Hem lakît hem de lukatada bunları bulana *mültakit*, bulma işlemine ise *iltikât* denir.

HUNSÂ (الخنثى)

Hem erkeklik hem de dişilik organı bulunan, kadın mı erkek mi olduğuna karar verilemeyen çift cinsiyetlilere *hunsâ* denir. Çift cinsiyetlilik, ibadetler, evlilik, sosyal ilişkiler bakımından önemli sonuçlar doğurduğundan ilgili başlıklarda bu hususa dair hükümlere yer verilmiştir.

MEFKÛD (المفقود)

Nerede olduğu bilinmeyen, hayatta veya ölü olduğuna dair bilgi alınamayan kişiye *mefkûd*, sağ olduğu bilinmekle birlikte nerede olduğu bilinmeyene ise *gâib* denir. Bir kadının kocasının mefkûd olması halinde, kadının bu gerekçeyle mahkemeden hükmî ölüm kararı talep etmesi, bunun için uygulanacak prosedür ve mahkemenin verdiği karar, çok yönlü önemli sonuçlara yol açacağından, mefkûd konusu, nikahın sonlandırılması çerçevesinde genellikle *"nikah, zevâc, talâk"* çerçevesinde ele alınmış, farklı boyutları da bulunduğundan müstakil başlık olarak işlendiği de olmuştur.

İBÂK (الإباق)

Bir kölenin haklı bir sebep olmaksızın efendisinden kaçmasına *ibâk*, kaçan köleye ise *âbık* denir.

İHYÂU'L-MEVÂT (إحياء الموات)

İslâm eşya hukukunda mülkiyeti kazanma yollarından olan ihyâu'l-mevât, kimsenin mülkünde bulunmayan tarıma elverişsiz bir arazinin, mülkiyetini kazanmak amacıyla ziraî faaliyetlerde bulunarak işlenmesi ve imarı demektir. Sebebini imarın oluşturduğu bu mülkiyetin devamı da imara bağlıdır.

ME'ZÛN (المأذون)

Hukukî temsilcinin, denetimi altındaki eksik ehliyetliye tasarruf hakkı tanımasına *izin*, bu şahsa ise *me'zûn* denir.

MÜZÂRAA (المزارعة)

Müzâraa, bir tarafın arazi diğer tarafın ise emek ile katıldığı ve kârın aralarında belirlenen oranlara göre paylaşıldığı tarım ortaklığı demektir.

MÜSÂKÂT (المساقاة)

Bahçe sahibi ile bahçeye bakıp sulayacak olan kişi arasında kurulan ve elde edilecek ürünün tespit edilen orana göre paylaşılacağı ortaklığa *müsâkât*, boş arazi sahibi ile bu araziye ağaç dikip yetiştirmesi ve ürünün aralarında oransal paylaşımını konu edinen ortaklığa ise *muğârase* denir.

NİKÂH, ZEVÂC (النكاح - الزواج)

Aralarında evlenme engeli bulunmayan bir kadınla bir erkeğin sürekli bir hayat ortaklığı esasına dayalı irade açıklamalarıyla aralarını birleştiren

dinî-hukukî bağa *nikâh* denir. İslâm muâmelât hukukunun büyû' ile birlikte en kapsamlı konusunu oluşturan nikâh akdi çerçevesinde başlıca şu kavramlara yer verilmiştir.

Kefâet (الكفاءة)

Uyumu sağlayacak şekilde evlenecek kişiler arasında dinî, ekonomik ve sosyal konum bakımından denkliğin bulunması demektir. Denk kişiye *küf'* veya *küfüv* denir.

Müt'a, nikâhu'l-müt'a (المتعة – نكاح المتعة)

Evlenmeleri hukuken caiz olan kişilerin bir ücret karşılığında muayyen bir süre birbirlerinin cinselliklerinden yararlanmak amacıyla gerçekleştirdikleri nikâha, *müt'a nikâhı* denir. Müt'a terimi ayrıca mehir bağlamında bir tür hediye anlamında da kullanılmıştır. Usûlüne uygun bir nikâh akdinden sonra henüz zifafa girmeden veya sahih halvet gerçekleşmeden önce bir boşanma söz konusu olur ve önceden belirlenmiş bir mehir de (mehr-i müsemmâ) bulunmazsa kadına gönül alma amacıyla verilen hediyelere *müt'a* denmiştir.

Mehir (المهر / المُهُور)

Erkeğin evlenirken kadına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği mal yahut paraya *mehir* denir. Aynı içerik *sadâk* kelimesiyle de ifade edilmiştir.

Nesep (النسب / الأَنْسَاب)

Çocukla ana-baba arasında doğumla meydana gelen tabii ve hukukî bağa *nesep* denir.

RADÂ' (الرضاع)

Süt çağındaki bir çocuğun annesi veya başka birisi tarafından emzirilmesine *radâ'* denir. Radâ', İslâm aile hukukunda soy ve evlilikle birlikte evlenme engeli oluşturan üçüncü bir sebeptir.

TALAK (الطلاق)

Talak, kocanın tek taraflı irade açıklamasıyla evlilik bağını ortadan kaldırması demektir. Sünnette belirtilen şartlara uyularak gerçekleştirilen boşama *sünnî*, bu şartların ihlâl edildiği talak ise *bid'î* talaktır. Evlenme akdinin kuruluşu esnasında veya evliliğin devamı sürecinde kocanın hanımına boşama yetkisi vermesi ise, *tefvîdu't-talâk* ile ifade edilir.

RİC'AT (الرجعة)

Yeni bir nikâh akdine ve mehir vermeye gerek olmaksızın kocaya, tek taraflı iradesiyle iddet süresi içinde boşadığı eşine dönme imkânı veren boşamaya *ric'î/rac'î talak*; bunun ancak yeni bir nikâh ve mehir ile mümkün olduğu boşamaya ise *bâin talak* denir. Ric'î talakta kocanın, iddet içinde eşine dönmesine de ric'at denir.

ÎLÂ (الإيلاء)

Îlâ, bir kişinin dört ay veya daha fazla bir süre hanımıyla cinsel ilişki kurmayacağına dair Allah adıyla yemin etmesi veya bunu ağır bir ibadete bağlamasıdır.

HUL'/MUHÂLEA (الخلع - المخالعة)

Kadının vereceği malî bir bedel karşılığında karşılıklı rıza ile boşanmaya *hul'* ya da *muhâlea* denir.

ZIHÂR (الظهار)

Bir erkeğin karısını, aralarında sürekli evlilik engeli bulunan bir mahreminin bakamayacağı bir uzvuna ya da yerine benzetmesidir.

LİÂN/MÜLÂANE (اللعان - الملاعنة)

Doğurduğu sonuç itibariyle evliliği sona erdirici özel bir hali ifade eden *liân* ya da *mülâane*, eşini zina yapmakla suçlayan ancak bunu dört şahitle ispatlayamayan kocanın, mahkeme huzurunda hanımıyla özel bir şekilde ve karşılıklı olarak yeminleşmeleridir.

İDDET (العدة)

Kocası ölen veya karı koca hayatı yaşadıktan sonra boşanan veya evliliği feshedilen bir kadının, başka birisiyle evlenebilmesi için beklemek zorunda olduğu süreye *iddet* denir. İddeti gerektiren sebebe bağlı olarak beklenmesi gereken süre farklılık gösterir.

NAFAKA (النفقة / النفقات)

Kişinin belli derecedeki yakınlarının karşılamakla yükümlü bulunduğu geçim masraflarına *nafaka* denir. Evlilik içerisinde kocanın eşi ve çocukları için yüklendiği nafakaya *evlilik nafakası*, aralarında soy bağı bulunan belli derecedeki yakınların birbirlerine karşı nafaka yükümlülüğüne ise *akrabalık nafakası* denir.

HADÂNE / HİDÂNE (الحضانة)

Evliliğin sona ermesi durumunda küçük çocukların bakımı, beslenmesi, hayata hazırlanması sorumluluğuna *hadâne* veya *hidâne* denir. Çocuğun, başkasından destek almadan tabii ihtiyaçlarını giderebildiği, artık kendi kendine yeterli geldiği çağ, *sinnü'l-istiğnâ* (desteğe/yardıma ihtiyaç duyulmayan yaş) şeklinde ifade edilir.

ITK (العتق)

Hukuken köle statüsünde bulunanların hürriyete kavuşturulmasına *ıtk* ya da *i'tâk* denir.

TEDBÎR (التدبير)

Bir kölenin hürriyetini elde etmesinin efendisinin ölümüne bağlanmasına *tedbîr*, bu köleye ise *müdebber* denir.

İSTÎLÂD (الاستيلاد)

Sözlük anlamı 'çocuk istemek' olan *istîlâd*, efendinin câriyesinden çocuk sahibi olmasını ifade eder. Gebelikle başlayıp hürriyete kavuşmakla sonuçlanan bu süreçte efendisinden çocuk doğuran câriyeye ise *ümmü veled* denir.

MÜKÂTEB (المكاتَب)

Köle veya câriyenin, hürriyetini elde edebilmek için bir bedel (mal veya hizmet) karşılığında efendisiyle yaptığı anlaşmaya *kitâbet*, bu köleye ise *mükâteb* denir.

VELÂ (الولاء)

Sözlük anlamı dostluk demek olan *velâ*, bir köleyi hürriyetine kavuşturmakdan veya anlaşmadan kaynaklanan hükmî yakınlık demektir. Âzâddan kaynaklanana *mevlâ'l-ıtâka*, anlaşmadan kaynaklanan ise *mevle'l-muvâlât* denir. Mevle'l-muvâlât, bir kişinin, mirasçısı bulunmayan bir şahıs ile, cinâyet işlemesi halinde diyet ve tazminatı ödemeyi üstlenmesi, buna mukabil öldüğünde ona vâris olması hususunda karşılıklı anlaşmalarıyla meydana gelen bir sözleşmedir. İslâm miras hukukunda velâ, kan hısımlığı ve evlilik bağından sonra miras sebebi kabul edilmiştir.

CİNÂYÂT (الجناية / الجنايات)

Cana, vücut bütünlüğüne ve mala yönelik haksız fiilere *cinâyet (ç.cinâyât)* denir. Fıkıh literatüründe cinâyet kavramı bu geniş anlamıyla kullanılmakla birlikte, adam öldürme ve müessir fiil için kullanımı daha yaygındır. İslâm ceza

hukukunda cana ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar, *cinâyât, cirâh, diyât* gibi başlıklarda genel olarak, ayrıca *da'vâ, sulh, şehâdât* gibi bölümlerde bir takım hususiyetleri yönüyle ele alınmış; suçun cezaî müeyyidesi, kasıt unsuruna göre değerlendirilmiştir.

Amd, Hata, Tesebbüb (العمد – الخطأ – التسبب)

Kasıt demek olan *amd*, suç failinin, fiilinin doğuracağı sonuçları bilerek ve kastederek suç işlemesi demektir. Amdin zıddı olan *hata*, bir fiilin kişinin kastına aykırı biçimde gerçekleşmesini ifade eder ve kasıtta hata, şahısta hata olmak üzere iki kısımdır. *Tesebbüb* ise, amd ve hata olmamasına rağmen kişinin bir eyleminin başkasının ölümüne, yaralanmasına, bir organını kaybetmesine sebep olmasıdır.

Hanefîler, kişinin vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçları kasıt unsuru bakımından *amd, şibh amd, hata, hata mecrâsında câri* ve *tesebbüb* olmak üzere beşe ayırarak incelemişler; cumhur fıkıh bilginleri ise, *amd, şibh amd* ve *hata* şeklinde üçlü bir ayırım yapmışlardır.

Kısas (القصاص)

Bir fiilin misliyle karşılık görmesi demek olan kısas, İslâm ceza hukuku terimi olarak, kasten adam öldürme ve yaralama *(müessir fiil)* suçlarında gerekli şartların oluşması halinde suçluyu işlediği fiil cinsinden ve ona denk bir ceza ile cezalandırmak demektir. *Kaved* kelimesi de aynı anlamda kullanılır. Öldürdüğü kişiye karşılık suçlunun öldürülmesi, birisinin kulağını koparmasına karşılık kulağının koparılması gibi.

DİYÂT (الدية / الديات)

Bir kişinin haksız olarak öldürülmesi, sakat bırakılması ve yaralanması durumunda ceza ve kan bedeli olarak ödenen mal veya paraya *diyet (ç.diyât)* denir. Kastın aşılması suretiyle işlenen suçlarda ödenen diyete ağırlaştırılmış diyet anlamında *ed-diyetü'l-muğallaza* denir. Klasik fıkıh literatüründe diyet kavramının, suçun mağduruna veya yakınlarına ödenen malî karşılığı ifade eden genel bir kavram olarak kullanımı söz konusu ise de, bilhassa Hanefî kaynaklarda, *erş* ve *hukûmet-i adl*i dışarıda bırakacak şekilde sadece adam öldürmede ödenen bedel için kullanımı daha yaygındır.

Erş (الأرش)

Yaralama ve sakat bırakma şeklindeki vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda mağdura ödenen miktarı belirlenmiş bedele (diyete) *erş* denir.

Hukûmet-i adl (حكومة العدل)

Yaralama ve sakat bırakma suçlarında erş dışında kalan ve miktarı yetkili organlar tarafından tespit edilen cinayet bedeline *hukûmet-i adl* denir.

Ğurre (الغرة)

Müessir fiil, tehdit, korkutma, ilaç kullanma gibi yollarla düşürülen ceninin diyetine *ğurre* denir. Bu sebeple ödenecek malî tazminat, annenin diyetinin onda biri (tam diyetin yirmide biri) kadardır.

Kasâme (القسامة)

İslâm ceza ve ispat hukukunda faili meçhul cinayetlerde ithamdan kurtulmak için başvurulan bir usul olan *kasâme*, fâilin kesin delille belirlenemediği cinâyetlerde, suçun işlendiği mahalle halkından elli kişinin, haklarındaki suç isnadını ortadan kaldırmak üzere mahkeme huzurunda cinâyeti işlemedikleri ve işleyeni de bilmediklerine dair yemin etmeleri demektir.

ÂKİLE, MEÂKİL (العاقلة - المعاقل)

Suç kastıyla hareket etmeyen suçlunun yüklendiği ağır malî tazminatın daha geniş bir çerçevede paylaşılarak sosyal dayanışmayı ve otokontrolü gerçekleştirmeyi amaçlayan *âkile*, kasıt unsurunun bulunmadığı öldürme ve yaralama olaylarında suçlu adına diyeti ödemeyi üstlenen şahıslar topluluğu ya da kurumsal yapıyı ifade eder.

HUDÛD (الحد / الحدود)

İslâm cezâ hukukunda hem suçu hem de cezayı ifade eden *had (ç.hudûd)*, Allah hakkının ihlal edildiği, bu sebeple yine Allah hakkı olarak yerine getirilmesi zorunlu, miktar ve şekli âyet ve hadisler tarafından belirlenmiş ceza demektir. Can, din, akıl, nesil ve mal emniyetini tehdit ederek kamu düzenini olumsuz etkileyen bu suçların ittifakla benimsenenleri zina, kazf, hirâbe ve sirkat suçlarıdır. Hanefiler sükr (sarhoşluk), bağy ve irtidât suçunu da had suçu olarak değerlendirmişlerdir.

Kudûrî, *"hudûd"* genel başlığı altında zina, sükr ve kazf suçlarını ele almış; sirkat için genel bir başlık açmış ve hirâbe/kat'u't-tarîk suçunu da bu başlık altında değerlendirmiştir.

Zina (الزنا)

Aralarında nikâh bağı bulunmayan ergenlik çağına gelmiş bir kadınla erkeğin üreme organından cinsel ilişkiye girmesine *zina* denir. Şahitlerin açık tanıklığıyla ispatlanması veya itiraf halinde, meşru evlilik tecrübesi yaşamış olanlar *recm* (taşlayarak öldürme), bekâr olanlar ise, 100 *celde* ile cezalandırılır.

Kazf (القذف)

İffetli (muhsan) bir müslümana zina isnadında bulunmak demektir. İthamda bulunana *kâzif*, ithamda bulunulan kişiye *makzûf*, ithamı ifadede kullanılan kelime ve cümlelere ise *makzûfun bih* denir. Dört şahitle ispatlanamaması halinde had olarak kâzife 80 *celde* vurulur ve bir daha şahitliği kabul edilmez.

Hirâbe, kat'u't-tarîk (الحرابة – قطع الطريق)

Silahlı bir çetenin yol kesip masum insanların canına, ırzına, malına (bunlardan birisine veya hepsine) kastetmesine ya da seyahat güvenliğini tehdit etmesine *hirâbe* ya da *kat'u't-tarîk*, bu suçu işleyene ise, *muhârib* yahut *kâtıu't-tarîk* denir. Suçun niteliğine göre bunlara öldürme, asma, el ve ayakların çaprazlama kesilmesi veya sürgün cezaları uygulanır.

Serika (السرقة)

Serika veya *sirkat*, bir şahsın koruma altında bulunan belirli miktardaki malını gizlice almak demektir. Şartlarını taşıyan nitelikli hırsızlık suçunun cezası, elin bilekten kesilmesidir.

Sükr (السكر)

Sükr, sarhoş edici özelliğe sahip bir içeceğin bilerek ve isteyerek içilmesiyle oluşan sarhoşluk demektir.

Bağy (البغي)

Silahlı bir grubun kendilerince meşru bir nedene dayanarak düzeni ya da iktidarı değiştirmek üzere ayaklanmalarına *bağy*, bu kişilere *bâğî (ç.buğât)* ya da *âsî*, isyancıların işgal ve hakimiyeti altındaki bölgeye *dâru'l-bağy*, isyan edene topluluğa ise *ehlü'l-bağy* denir. Bağy konusu fıkıh kitaplarının "hudûd" veya "siyer" ana başlığında işlenmiştir.

İrtidât (الارتداد)

Müslüman bir şahsın, başka bir dini benimsesin veya benimsemesin dinden döndüğünü açıkça beyan etmesine *irtidât* veya *ridde*, bu kişiye de *mürtet* denir. İrtidât suç kabul edildiğinden genellikle klasik fıkıh literatüründe "hudûd" kapsamında, bazı eserlerde ise "siyer" ana başlığı altında ele alınmıştır.

EŞRİBE (الأشربة)

İçilmesi dinen yasaklanan içeceklerle ilgili hükümler bu kavramla ifade edilmektedir. Kur'ân'da aklı gideren ve sarhoşluk veren maddelerin genel adı olan *hamr*, başta Ebû Hanîfe olmak üzere bazı müctehidlere göre, hammaddesini üzüm veya hurmanın oluşturduğu alkollü içecekler demektir. Cumhur fıkıh bilginlerine göre ise, sarhoşluk veren bütün madde ve içecekler hamrdır.

SAYD VE ZEBÂİH (الصيد - الذبائح)

Dinen eti yenilebilen hayvanların etinin mübah olabilmesi için şer'î usule uygun biçimde boğazlanması gerekir. Evcil hayvanların boğazlanma, eti yenen vahşi hayvanların ise avlanma usulleri ve şekilleriyle ilgili hükümler bu başlıkta ele alınmaktadır.

Udhiyye (الأضحية / الأضَاحِيّ)

Şer'î ölçülere göre zengin sayılanların belli vasıflara sahip bir malı kurban bayramı günlerinde ibadet amacıyla kesmelerine *udhiyye* kurbanı denir ki, Türkçede kurban denilince genellikle bu anlaşılır. Udhiyye kurbanının mahiyeti, dinî hükmü, yükümlülük ve geçerlilik şartları, kesimi ve diğer hükümler, fıkıh kitaplarında, "*udhiyye, edâhî, dahâyâ*" gibi başlıklar altında incelenmiştir. Çocuğun doğumunun ilk günlerinde bir şükran ifadesi olarak kesilen kurban demek olan *akîka* ve ilgili hükümlere, "*udhiyye*" veya "*nikâh/zevâc*" başlığı altında temas edilir. Bunların dışında bir de, bir nimete kavuşma ya da musibetten kurtulma durumunda ibadet kastıyla Allah için kurban kesmeyi adamak söz konusudur ve buna *adak* veya *nezir* kurbanı denir. Adak/nezir kurbanıyla ilgili hükümler, "*yemîn / eymân*" veya "*nezr / nüzûr*" başlıkları altında ele alınır.

YEMÎN (اليمين / الأيمان)

Yemin, kişinin, bir işi yapıp yapmaması veya bir olayın doğru olup olmaması konusunda söylediği sözünü Allah'ın adını ya da onun bir sıfatını öne sürerek kuvvetlendirmesi demektir.

Doğru olduğu zannıyla veya hiç farkında olmadan yanlışlıkla yapılan yemine *yemîn-i lağv*; geçmişte veya şu anda meydana gelen bir olay hakkında bile bile ve kasten yapılan yalan yemine *yemîn-i ğâmûs*; gelecekte gerçekleşmesi mümkün olan bir eylem üzerine yerine getirilmesi kesin olarak kararlaştırılmış yemine ise *yemîn-i mün'akide* denir. Yemin denildiği zaman asıl kastedilen, yeminin bu son şeklidir ve bu, *mutlak yemin, muvakkat yemin* ve *fevr yemini* şeklinde gerçekleşebilir.

KEFFÂRET (الكفارة / الكفارات)

Keffâret, işlenen bir kusur veya günahtan dolayı hem ceza özelliği bulunan hem de Allah'tan bağışlanma dilemek maksadıyla yapılan bir tür malî ve bedenî ibadettir. Keffâretler, kendilerini doğuran sebebe göre, yemin keffâreti, oruç bozma keffâreti, haccın kurallarını ve ihram yasaklarını ihlâl keffâreti, hayızlı eşle cinsel ilişki keffâreti, adam öldürme keffâreti ve zıhâr keffâreti olmak üzere kısımlara ayrılır.

Yeminler ve kefâretlerle ilgili hususlar, ibadet mahiyetini hâiz taabbüdî konular olmaları sebebiyle, namaz, oruç, zekât, hac gibi İslâm'ın temel şartlarını ifade eden ibâdetlerden sonra, "*el-eymân*", "*el-keffârât*" gibi başlıklar altında ele alınmıştır.

NEZİR (النذر / النذور)

Dinen mükellef tutulmadığı halde kişinin kendi vaadiyle üzerine vâcip kıldığı ibâdete, *nezir* denir. Bu durum Türkçe'de *adak* kelimesiyle ifade edilir.

DA'VÂ (الدعوى)

Bir hakkın mahkeme yoluyla talep edilmesine *dava* denir. Dava, hem bir hakkın tespiti ve teminini, hem de haksız talepler karşısında kişinin hukukunun korunmasını ifade eder. Davacıya *müddeî*, davalıya *müddea aleyh*, davaya konu edilen hakka ise *müddeâ bih* denir. Bir davanın mahkemede görülüp sonuca bağlanmasına *murâfaa, muhâsama* ya da *muhâkeme* denir. Muhâkeme terimi daha yaygındır.

ŞEHÂDET (الشهادة / الشهادات)

İslâm muhâkeme hukukunda ispat araçlarının en yaygını olan *şehâdet*, bir hukukî işleme ya da olaya tanık olan veya o hususta bilgisi bulunan kişilerin, hâkim huzurunda bildiklerini açıklamasına denir. Yalan şahitlik ihtimaline karşı şahitlerin güvenilirlik soruşturmasına tabi tutulması *tezkiye* ya da *ta'dîl* ile

ifade edilir. Bir işlem ya da olayın gerçekleşmesi esnasında ona şahit olmaya *tahammülü'ş-şehâde*, talep üzerine mahkemede bu hususa ilişkin bilgisini açıklamaya ise *edâü'ş-şehâde* denilmektedir. Kişinin, herhangi bir konuda mahkemede edâ ettiği tanıklıktan dönmesine *rucû ani'ş-şehâde* denir.

EDEBÜ'L-KÂDÎ (أدب القاضي)

Edebü'l-kâdî tamlaması, biri dar diğeri geniş iki kullanıma sahiptir. Dar anlamda *edebü'l-kâdî*, davaları hükme bağlayacak olan hâkimin, hakkaniyet ve adaletten sapmamak için, davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadarki süreçte, mutlaka bağlı kalması gereken dinî, ahlakî, hukukî değerleri ifade eder. Fıkıh literatürünün oluşum sürecinde gittikçe yaygınlık kazanan *geniş kullanımıyla edebü'l-kâdî*, hâkim, yargılama usûlü ve mahkemeleri konu edinen müstakil bir ilim dalının, İslâm muhâkeme/yargılama hukukunun adıdır. Nitekim bu konuların işlendiği eserler genellikle *edebü'l-kâdî, edebü'l-kadâ* isimlerini taşımaktadır.

KISMET (القسمة)

Ganimet, şirket, miras gibi birden fazla kişi arasında ortak olan mal ve hakların, hisselerine göre paylaştırılma işlemine *taksim* denir. Taksim, şâyî (malın bütününe yayılmış, gayrı muayyen) hisseli mallarda ortakların paylarının belirli hale getirilmesi veya terekenin vârisler arasında hisseleri oranında paylaştırılması şeklinde olur ki, yaygın olan ikincisidir. Bu sebeple kısmetle ilgili hükümlere genellikle *el-mevârîs, et-terike* başlıklarında yer verilmiştir. Taksim edilecek malın hak sahipleri arasında karşılıklı anlaşmayla paylaşılmasına *rızâî taksim*, mahkeme yoluyla paylaşılmasına ise *kazâî taksim* denir. Taksim konusunda bilgi ve tecrübe sahibi kişilere ve devlet görevlilerine *kâsim* veya *kassâm*, paylaştırılan mala ise *maksûm* denir.

İKRÂH (الإكراه)

İkrah, cebir ve tehdit kullanarak kişiyi normalde razı olmayacağı bir söz söylemeye veya davranışta bulunmaya zorlamaktır. Zorlayana *mükrih*, zorlanana *mükreh*, ikraha konu söz veya fiile ise *mükrehun bih* denir. Öldürme, sakat bırakma gibi ağır zarar içeren ikraha *ikrâh-ı mülcî* (tam ikrah); hapis, dayak, malı telef etme gibi tehditlerle gerçekleşen ikraha ise *ikrah-ı gayrı mülcî* (eksik ikrah) denir. Fıkıh kitaplarında genellikle ehliyet ârızaları arasında gösterilen ikrah, İslâm borçlar hukukunda hukukî işlemin geçerliliğini (sıhhat) etkileyen rıza ayıplarındandır.

SİYER (السير)

Siyer, İslâm devletler hukuku demektir. Devletlerin hukukî taksimi, barış ve savaş temeline dayalı karşılıklı ilişki biçimleri, esirlerin durumu, uluslararası ticarî-kültürel faaliyetler, vatandaşlık gibi devletler hukuku konuları siyer başlığı altında ayrıntılı bir şekilde işlenmiştir. Bu konular klasik fıkıh kitaplarında *siyer, cihâd, kıtâl, ahkâmu'l-muhâribîn* gibi başlıklar altında işlenmiş; ayrıca *siyer* isimli müstakil eserler ile *el-ahkâmu's-sultâniyye*, ve *es-siyâsetü'ş-şer'iyye* literatüründe de konu değişik boyutlarıyla ele alınmıştır.

Emân ve Müste'men (الأمان، المستأمن)

İslâm ülkesine (dârulislâm) girmek ve İslâm ordusuna teslim olmak isteyen harbîye, can ve mal güvencesi sağlayan taahhüt veya akde *emân* denir. Tanımda geçen *harbî*, İslâm devleti ile arasında barış anlaşması bulunmayan yabancı devlet vatandaşı olan gayrı müslim demektir. Emân isteyen *müste'min*, emân veren *müemmin*, emân verilen ise *müste'men* şeklinde ifade edilir.

Müste'men kavramının hemen hatıra getirdiği, İslâm devletinin insan unsurunu ifadede söz konusu edilen başka bazı terimler de vardır. İslâm devletinin gayri müslim vatandaşına *zimmî*, İslâm ülkesine güvenceli izin (vize) alarak geçici bir süre kalmak üzere giren gayri müslime *müste'men*, müslümanlarla barış halinde olan bir devletin vatandaşına *muâhid*, müslümanlarla savaş halinde olan devletin vatandaşına ise *harbî* denir. Müslümanlarla birlikte zimmîler, İslâm devletinin tebeası (ehlü dârilislâm) olup vatandaşlık bağı ile bu devlete bağlıdırlar.

Uşûr (العشور)

Gümrük vergisi demektir. İslâm ülkesine getirilen ithal mallardan veya İslâm ülkesinden transit geçiş yapan ticaret mallarından belirli nispetlerde alınan vergiye *uşûr* denir. Hz. Ömer'in % 2,5 oranında müslüman ithalatçılara da uyguladığı uşûru tahsil eden gümrük görevlisi ise *âşir* şeklinde isimlendirilir.

Harâc (الخراج)

Müslüman olmayan İslâm ülkesi vatandaşlarının topraklarından ve bu statüde bulunan arazilerden alınan vergiye *harâc* denir.

Cizye (الجزية)

Can ve mal güvenliklerinin sağlanmasına karşılık olmak üzere İslâm ülkesinin gayri müslim erkek tebaasından alınan vergiye *cizye* denir.

HAZR VE İBÂHA (الحظر والإباحة)

Hazr, haram, ibâha ise helâl demektir. Dolayısıyla hazr ve ibâha, haramlar ve helaller anlamına gelir. Yiyecek, içecek, giyim-kuşam, mahremiyet ölçüleri, kaş aldırma, dövme yaptırma, dişlerin şeklini değiştirme, estetik ameliyat gibi bedene müdahaleler; ev eşyası ve gereçleri, altın, gümüş ve ipek kullanımıyla ilgili hükümler; tavla, satranç, hayvan dövüştürme vb. oyun ve eğlenceler; müzik söyleme-dinleme ve müzik aletlerinin kullanımı, ticarî-iktisadî hayata dair kimi uygulamalar, insanlar arası ilişkiler gibi pekçok konuyla ilgili haram ve helâller, fıkıh kitaplarında *"hazr ve ibâha, kerâhiyye* veya *istihsân"* gibi özel başlıklar altında ele alınmıştır.

İhtikâr (الاحتكار)

Türkçe'de karaborsacılık, tekelcilik, istifçilik, vurgunculuk anlamlarına gelen *ihtikâr*, fiilî ihtiyaca rağmen fiyatların yükselmesi gayesiyle ticaret mallarının piyasaya sürülmemesi, depolanması demektir. Bencillik, mala aşırı düşkünlük gibi psikolojik unsurların etkisiyle serbest piyasa uygulamasının kötüye kullanımı anlamı taşıyan bu uygulama, yaygın olmamakla birlikte *hukr* ve *hukre* kelimeleriyle de ifade edilir. İhtikâr yapana ise *muhtekir* ya da *hakkâr* denir.

Tes'îr (التسعير)

Hukukî işlemlerde irade hürriyeti ilkesi gereği mal ve hizmet bedellerinin serbestçe belirlenmesi prensibinin cemiyetin zarar göreceği şekilde kullanıldığı durumlarda, adalet ve hakkaniyeti sağlamak üzere devletin piyasaya müdahale edip asgarî-azamî bedeller tespit etmesine *tes'îr* denir. Osmanlı Devleti döneminde bu husus, Farsça bir kelime olan *narh* ile ifade edilmiştir.

Sibâk (السباق / المسابقة)

Sözlük anlamı yarış demek olan sibâk, spor ve eğlence maksatlı çeşitli etkinliklerin dinî meşruiyet açısından ele alındığı bir kavramdır. Bu başlıkta, atletizm, güreş, okçuluk, binicilik, yüzme gibi eğitici ve yetiştirici spor faaliyetleri yanında, hayvan dövüştürme, evde hayvan besleme, tavla, satranç oynama gibi meseleler tahlil edilir.

VESÂYA (الوصية / الوصايا)

Hukukî kişiliğin sona ermesinden (ölümden) sonra geçerlik kazanmak üzere bir malın şahıs ya da cihete tahsisine vasiyet *(ç.vesâyâ)* denir. Vasiyette bulunana *mûsî*, vasiyette bulunulana *mûsâ leh*, vasiyet konusu mala ise *mûsâ bih* denir.

FERÂİZ, MEVÂRÎS (الميراث / المواريث – الفريضة / الفرائض)

İslâm miras hukukuyla ilgili hususlar fıkıh kitaplarının *"el-ferâiz, el-mevârîs"* gibi başlıklarında ele alınmıştır. Gerçek kişiliğin sona ermesi (ölüm) ile birlikte, techîz, tekfîn, defin gibi ölünün şahsıyla ilgili dinî görevler yerine getirilip, borçlarının ödenmesi, varsa vasiyetlerinin yerine getirilmesinden sonra terike vârisler arasında paylaşılır. Miras bırakana *mûris*, terikede hak sahibi olanlara *vâris* denir.

Terike (التركة)

Ölünün geride bıraktığı mal ve haklara *terike* veya *tirke* denir. Bütün hakların mı yoksa sadece malî ve bölünebilen hakların mı terikeye dâhil olduğu hususunda fıkıh mezhepleri arasında bazı ictihad farkları bulunmaktadır.

Asabe (العصبة / العصبات)

Tek başına bulunduğunda mirasın tamamını, belirli pay sahibi mirasçılarla (ashâb-ı ferâiz) birlikte bulunduğunda ise onlardan arta kalanı alan, miras bırakana doğrudan veya erkek vasıtasıyla bağlı bulunan kişilere *asabe* denir.

Ashâb-ı ferâiz (أصحاب الفرائض)

Kur'ân, Sünnet ve İcmâ ile miras payları belirlenen vârislere *ashâb-ı ferâiz* denir. Bunlar, koca, karı, baba, ana, dede, kız, oğlun kızı, ana baba bir kız kardeş, baba bir kız kardeş, ana bir kardeşler ve nine olmak üzere onbir kişidir.

Zevi'l-erhâm (ذوي الأرحام)

Belirli pay sahipleri (ashâb-ı ferâiz) ve asabe dışındaki kan hısımlarına *zevi'l-erhâm* denir. Kızın çocukları, hala, teyze, dayı, kız veya erkek kardeşin çocukları (yeğenler) gibi.

Hacb (الحجب)

Bir vârisin, ölene daha yakın bir başka mirasçının bulunması sebebiyle mirastan mahrum kalmasına *hacb* denir. Bu durum, hacbe uğrayan mirasçının hiç pay alamamasına sebep olmuşsa buna *hacb-i hirmân*, miras payanın azalmasına yol açmışsa buna da *hacb-i noksan* denir.

Âdile (العادلة)

Miras paylaşımında belirli hisse sahiplerinin (ashâb-ı ferâiz) terekeden alacakları pay hesaplanırken paylar toplamının ortak paydaya eşit olmasına *âdile* denir.

Avliye (العولية)

Terekenin paylara yetmemesi halinde hisseleri oranında mirasçılardan eksiltme yoluna gidilerek dengenin sağlanmasına *avliye* denir. Avliye, paylar toplamının paydadan fazla olması halinde söz konusu olur.

Reddiye (الردية)

Terekenin belirli pay sahipleri arasında paylaştırılmasından sonra miras artar ve asabeden kimse bulunmazsa, artan kısmın aynı mirasçılara hisselerine göre tekrar paylaştırılmasına *reddiye* denir. Reddiye, paylar toplamının paydadan az oluşunu ifade eder.

Münâsaha (المناسخة)

Mirasın paylaşılmasından önce bir veya daha fazla vârisin ölmesi durumunda onlara düşen miras paylarının kendi vârislerine intikalinin hesaplanmasına *münâsaha* denir.

Sulh ve tehârüc (الصلح - التخارج)

Mirasçıların aralarında anlaşmaları veya bazı vârislerin uzlaşma ve razı edilme sonucu terekedeki haklarından vazgeçmelerine *sulh ve tehârüc* denir.

Özgün ismiyle *Fıkıh,* modern karşılığıyla *İslâm hukuku*; bireysel, toplumsal ve toplumlararası hayata ilişkin amelî yani eyleme bağlı İslâmî hükümleri tesbit eden ve yorumlayan ilim dalının genel adıdır. Müslüman birey ile Allah arasındaki iletişim anlamına gelen ibadetler ile bireyin ve toplumun siyasi, iktisadî ve hukuki eylemlerini düzenleyen kurallar ve bunların özel kaynaklardan çıkarılma yöntemleri bir bütün halinde bu ilmin çerçevesini çizer.

Elinizdeki kitap, İslâm hukukuna ilgi duyan ve onu kurum ve kavramlarıyla tanımak isteyenlerin bilgi ihtiyaçlarını bir ölçüde karşılama düşüncesiyle hazırlanmıştır. Bu bağlamda kitapta İslâm hukukunun/fıkhın bağımsız bir ilim disiplini halinde ortaya çıkışı, mahiyeti, kavramsal çerçevesi, özellikleri, tarihsel gelişimi, kaynakları, sistematiği ve literatürü ele alınmış; İslâm kamu hukuku, ceza hukuku ve aile hukukuyla ilgili genel çerçeve ortaya konulmuş, bunu takiben ehliyet, mülkiyet, akit teorileri işlenmiş ve başlıca fıkıh terimleri tanıtılmıştır.





